



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2009

Open Access: Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen im schweizerischen Recht

Hilty, Reto M ; Seemann, Matthias

Abstract: "Open Access - Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen im schweizerischen Recht". Unter diesem Titel haben Prof. Dr. Reto M. Hilty und Dr. Matthias Seemann auf Initiative der Hauptbibliothek und im Auftrag der Universität Zürich ein Rechtsgutachten erstellt. Der Schwerpunkt des Interesses liegt dabei auf den Rechtsfragen rund um den Betrieb von Repositorien, d.h. Internet-Servern wie ZORA, die dazu dienen, wissenschaftliche Publikationen zugänglich zu machen. Insbesondere fragt sich, inwieweit Publikationen, die bereits bei wissenschaftlichen Verlagen veröffentlicht worden sind, in Repositorien hinterlegt werden dürfen. Prof. Reto M. Hilty ist Direktor am Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht in München und Professor für Immaterialgüterrecht an der Universität Zürich. "Open Access – Access to scientific publications in Swiss law". On the initiative of its Main Library, the University of Zurich commissioned Professor Dr Reto M. Hilty and Dr Matthias Seemann to draw up a legal opinion on Open Access. The opinion is entitled "Open Access - Access to scientific scholarly publications in Swiss law". It focuses on legal issues surrounding the operation of repositories, i.e. Internet servers such as ZORA that provide Open Access to scholarly and scientific publications. In particular, it addresses the extent to which works that have already been published by scholarly publishers may be deposited in repositories. Professor Dr. Hilty is a director at the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law in Munich and Professor of Intellectual Property Law at the University of Zurich.

DOI: <https://doi.org/10.5167/uzh-30945>

Other titles: Open Access – Access to scientific publications in Swiss law. Open Access – L'accès aux publications scientifiques dans le droit suisse

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-30945>

Monograph

Published Version



The following work is licensed under a Creative Commons: Attribution-NonCommercial-NoDerivs 3.0 Unported (CC BY-NC-ND 3.0) License.

Originally published at:

Hilty, Reto M; Seemann, Matthias (2009). Open Access: Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen im schweizerischen Recht. Zürich (Switzerland): Universität Zürich.

DOI: <https://doi.org/10.5167/uzh-30945>

Prof. Reto M. Hilty / Matthias Seemann

Open Access – L'accès aux publications scientifiques dans le droit suisse

Avis de droit pour le compte de l'Université de Zurich

Zurich, novembre 2009

Table des matières

Références bibliographiques.....	6
Liste des abréviations.....	10
A. Objet de l’avis de droit	13
B. Fondements.....	13
I. Définition et finalité de l'Open Access.....	13
1. Définition	13
2. Finalité	15
II. Stratégies du mouvement de l'Open Access	16
1. Stratégies de publication	16
a) Voie dorée	16
b) Voie verte.....	16
2. Stratégies financières	17
III. Fondements juridiques de l'Open Access.....	18
1. Droit d’auteur	18
2. Droit en matière de concurrence	20
3. Droit des contrats.....	20
4. Droit privé international.....	21
5. Autres aspects	22
a) Droit constitutionnel	22
b) Droit pénal	23
c) Droit public.....	23
IV. Structure de l'avis de droit.....	23
C. Le point de vue de l’auteur	24
I. Aperçu	24
II. Situation initiale en termes de droit d’auteur.....	24
1. Le principe du créateur	24
2. Divulcation de l’œuvre	26
III. Formation d’un lien juridique avec l’éditeur.....	27
1. Contrat d’édition.....	27
a) Conclusion d’un contrat	27

b)	Ajouts et modifications.....	28
2.	Conditions générales de vente (CGV)	29
IV.	Etendue des droits concédés à l'éditeur	30
1.	Fondements	30
a)	Distinction entre transfert des droits et licence.....	30
b)	Divisibilité du droit d'auteur.....	31
b)	Droits conservés par l'auteur	32
2.	Régime légal	33
a)	Fondements.....	33
b)	Transfert des droits en ligne	36
b)	Exercice des droits en ligne.....	37
c)	Utilisation de la version PDF de l'éditeur ?.....	40
e)	Résultat.....	42
3.	Régime contractuel	43
a)	Fondements.....	43
b)	Droits en ligne.....	43
c)	Sites Internet personnels.....	44
d)	Version de l'auteur, version PDF de l'éditeur	45
e)	Autres réglementations.....	46
f)	Résultat.....	47
4.	Modèle de clause type	48
V.	Œuvres collectives	50
VI.	Contexte international	51
1.	Compétence juridique	51
a)	Dans l'espace couvert par la Convention de Lugano.....	51
b)	Hors de l'espace Lugano	52
2.	Droit applicable	54
a)	Droit des contrats	54
b)	Droit de la propriété intellectuelle	55
c)	Résultat.....	57
VII.	Conclusion	57
D.	Le point de vue de l'exploitant de l'archive ouverte	58
I.	Aperçu	58
II.	Situation initiale en termes de droit d'auteur.....	58
1.	Dépôt de copies	58
2.	Renvois vers des copies	59

a)	Hyperliens.....	59
b)	Fonction « copie à la demande »	60
III.	Autorisation sur les droits d'auteur requis.....	61
1.	Autorisation par consentement de l'auteur	61
a)	Portée du consentement	61
b)	Auteur lié par contrat d'édition.....	61
c)	Auteur lié par un contrat de travail	62
2.	Autorisation par consentement de l'éditeur	63
3.	Autorisations conférées par les exceptions légales.....	65
a)	Exception de l'utilisation à des fins privées	65
b)	Dispositions relatives aux exemplaires d'archive et copies de sécurité.....	69
c)	Autres exceptions	70
4.	Autorisation conférée par le droit des cartels ?	71
IV.	Conséquences juridiques de l'absence d'autorisation.....	73
1.	Conséquences juridiques pour l'exploitant de l'archive ouverte.....	73
2.	Transfert des conséquences juridiques	75
a)	Recours contre l'auteur	75
b)	Recours contre des salariés	76
V.	Contexte international	77
1.	Compétence juridique	77
2.	Droit applicable	77
VI.	Conclusion	78
E.	Le point de vue de l'utilisateur	79
I.	Aperçu	79
II.	Situation initiale en termes de droit d'auteur.....	79
1.	Principe de la jouissance libre de l'œuvre	79
2.	Restrictions en cas d'utilisation sur Internet	79
III.	Autorisation sur les droits d'auteur requis.....	80
1.	Autorisation conférée par les exceptions légales	80
a)	Reproductions provisoires	80
b)	Usage à des fins privées et usage interne	80
c)	Exceptions et accès à l'exemplaire de l'œuvre	82
2.	Autorisation concédée par l'auteur	83
3.	Autorisation conférée par l'accord de l'éditeur ou de l'exploitant de l'archive ouverte.....	84

IV.	Conséquences juridiques en cas d'absence d'autorisation	85
V.	Contexte international	85
VI.	Conclusion	86
F.	Hypothèses de lege ferenda	87
IV.	Aperçu	87
V.	Exceptions prévues dans le droit d'auteur	87
4.	Au profit de l'utilisateur	87
5.	Au profit de l'exploitant de l'archive ouverte	88
a)	Licence légale	88
b)	Licence obligatoire	92
VI.	Droit contractuel impératif	93
4.	Au profit de l'auteur	93
5.	Au profit de l'exploitant de l'archive ouverte	95
VII.	Droit des cartels	95
VIII.	Conclusion	96
G.	Conclusion	97
IV.	Objet de l'avis de droit	97
V.	Fondements	97
VI.	Le point de vue de l'auteur	97
VII.	Le point de vue de l'exploitant d'une archive ouverte	100
VIII.	Le point de vue de l'utilisateur	101
IX.	Hypothèses de lege ferenda	102

Références bibliographiques

- ALTENPOHL, MARTINA : Der urheberrechtliche Schutz von Forschungsergebnissen, Berne 1987
- AMSTUTZ, MARC/VOGT, NEDIM PETER/WANG, MARKUS : Art. 113, 117, dans : Honsell et al. (Ed.) : Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2^{ème} éd., Bâle 2007 (cit. : CBL)
- ANDRE, FRANCIS : Libre accès aux savoirs. Open Access to Knowledge, Paris 2005
- AUF DER MAUR, ROLF : Art. 39, dans : Müller/Oertli (Ed.) : Urheberrechtsgesetz (URG), Berne 2006
- BAILEY, CHARLES W. : What is open access?, dans : Jacobs (Ed.) : Open Access : Key Strategic, Technical and Economic Aspects, Oxford 2006, p. 13 ss.
- BÄR, ROLF : Das Internationale Privatrecht (Kollisionsrecht) des Immaterialgüterrechts und des Wettbewerbsrechts, dans : von Büren/David (Ed.) : SIWR vol. I/1, 2^{ème} éd., Bâle 2002, p. 123 ss.
- BARGHEER, MARGO/BELLEM, SASKIA/SCHMIDT, BIRGIT : Open Access und Institutional Repositories – Rechtliche Rahmenbedingungen, dans : Spindler (Ed.) : Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access-Publikationen, Göttingen 2006, p. 1 ss.
- BARRELET, DENIS/EGLOFF, WILLI : Das neue Urheberrecht, 3^{ème} éd., Berne 2008
- BAUDENBACHER, CARL : Lauterkeitsrecht, Bâle 2001
- BECKER, HERMANN : Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch vol. VI/2 (cit. : CZ)
- BU, YUANSI : Die Schranken des Urheberrechts im Internet, Berne 2004
- BÜHLER, LUKAS : Schweizerisches und internationales Urheberrecht im Internet, Fribourg 1999
- BÜREN, ROLAND VON/MEER, MICHAEL A. : Der Urheber, dans : von Büren/David (Ed.) : SIWR vol. II/1, 2^{ème} éd., Bâle 2006, p. 141 ss.
- CHERPILLOD, IVAN : Art. 380–393, dans : Thévenoz/Werro (Ed.) : Commentaire Romand, Code des obligations I, Bâle 2003 (cit. : CR)
- CHERPILLOD, IVAN : Schranken des Urheberrechts, dans : von Büren/David (Ed.) : SIWR vol. II/1, 2^{ème} éd., Bâle 2006, p. 259 ss. (cit. : exceptions)
- COCKERILL, MATTHEW : Business models in open access publishing, dans : Jacobs (Ed.) : Open Access : Key Strategic, Technical and Economic Aspects, Oxford 2006, p. 111 ss.
- DORSCHER, JOACHIM : Open Access und Urheberrecht : Open Source in neuem Gewand?, dans : Hagenhoff (Ed.) : Internetökonomie der Medienbranche, Göttingen 2006, p. 235 ss.
- EGLOFF, WILLI : Das Urheberrecht und der Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen, sic! 2007, p. 705 ss.
- FRECH, PHILIPP : Zivilrechtliche Haftung von Internet-Providern bei Rechtsverletzungen durch ihre Kunden, Zurich/Bâle/Genève 2009
- GASSER, CHRISTOPH : Der Eigengebrauch im Urheberrecht, Berne 1997 (cit. : utilisation à des fins privées)
- GASSER, CHRISTOPH : Art. 19, dans : Müller/Oertli (Ed.) : Urheberrechtsgesetz (URG), Berne 2006 (cit. : LDA)
- GAUCH, PETER/SCHLUEP, WALTER R./SCHMID, JÖRG : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, vol. I, 9^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2008

- GOUNALAKIS, GEORGIOS : Elektronische Kopien für Unterricht und Forschung (§ 52a UrhG) im Lichte der Verfassung, Tübingen 2003
- HÄFELIN, ULRICH/HALLER, WALTER/KELLER, HELEN : Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2008
- HANSEN, GERD : Zugang zu wissenschaftlicher Information – alternative urheberrechtliche Ansätze, GRUR Int. 2005, p. 378 ss.
- HECKMANN, JÖRN/WEBER, MARC PHILIPP : Open Access in der Informationsgesellschaft – § 38 UrhG de lege ferenda, GRUR Int. 2006, p. 995 ss.
- HILTY, RETO M. : Vom Janusgesicht des Immaterialgüterrechts – Versuch einer europatauglichen Interpretation von Art. 3 Abs. 2 KG, dans : Forstmoser et al. (Ed.) : Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz (Festschrift Roger Zäch), Zurich 1999, p. 325 ss. (cit. : LCart)
- HILTY, RETO M. : Lizenzvertragsrecht, Berne 2001 (cit. : droit des contrats de licence)
- HILTY, RETO M. : Zur Zulässigkeit des „Link“ – Rechtliches Damoklesschwert für die Internet-technologie?, dans : Weber/Hilty/Auf der Maur (Ed.) : Geschäftsplattform Internet III, Zurich 2002, p. 123 ss. (cit. : lien)
- HILTY, RETO M. : Urheberrecht in der Informationsgesellschaft – Schweizer Modell vs. Europäische Vorgaben, sic! 2004, p. 966 ss. (cit. : société de l'information)
- HILTY, RETO M. : Urheberrecht und Wissenschaft, dans : Sieber/Hoeren (Ed.) : Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft – Anforderungen an das Zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, Bonn 2005, p. 174 ss. (cit. : droit d'auteur et sciences)
- HILTY, RETO M. : Das Urheberrecht und der Wissenschaftler, GRUR Int. 2006, p. 179 ss. (cit. : chercheurs)
- HILTY, RETO M. : Der Verlagsvertrag, dans : von Büren/David (Ed.) : SIWR vol. II/1, 2^{ème} éd., Bâle 2006, p. 557 ss. (cit. : contrat d'édition)
- HILTY, RETO M. : Sündenbock Urheberrecht?, dans : Ohly/Klippel (Ed.) : Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, Tübingen 2007, p. 107 ss. (cit. : Sündenbock Urheberrecht?)
- HILTY, RETO M. : Art. 380–393 OR, dans : Honsell/Vogt/Wiegand (Ed.) : Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4^{ème} éd., Bâle 2007 (cit. : CBL)
- HILTY, RETO M. : Renaissance der Zwangslizenzen im Urheberrecht?, GRUR 2009, p. 633 ss. (cit. : licences obligatoires)
- HILTY, RETO M./BAJON, BENJAMIN : Das Zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft (Zweiter Korb) – ein Beitrag aus Wissenschaftssicht, ZfBB 2008, p. 257 ss.
- HOCHREUTENER, INGE : Urhebervetragsrecht im Verlagsbereich, dans : Streuli-Youssef (Ed.) : Urhebervetragsrecht, Zurich/Bâle/Genève 2006, p. 35 ss.
- JEGHER, GION : Art. 109 f., dans : Honsell et al. (Ed.) : Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2^{ème} éd., Bâle 2007 (cit. : CBL)
- JEGHER, GION/VASELLA, DAVID : Art. 122, dans : Honsell et al. (Ed.) : Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2^{ème} éd., Bâle 2007 (cit. : CBL)
- JONES, RICHARD/ANDREW, THEO/MACCOLL, JOHN : The Institutional Repository, Oxford 2006
- KATZENBERGER, PAUL : Vor §§ 120 ff., dans : Schricker (Ed.) : Urheberrecht, 3^{ème} éd., Munich 2006

- KELLER, MAX/KREN KOSTKIEWICZ, JOLANTA : Art. 113, 117, dans : Zürcher Kommentar zum IPRG, 2^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2004 (cit. : CZ)
- KRAMER, ERNST A. : Juristische Methodenlehre, 2^{ème} éd., Berne 2005
- KROPHOLLER, JAN : Europäisches Zivilprozessrecht, 8^{ème} éd., Francfort-sur-le-Main 2005
- KUHLEN, RAINER : Erfolgreiches Scheitern – eine Götterdämmerung des Urheberrechts?, Boizenburg 2008
- LOSSAU, NORBERT : Der Begriff „Open Access“, dans : Deutsche UNESCO-Kommission (Ed.) : Open Access, Bonn 2007, p. 18 ss.
- LUCIUS, WULF D. VON : Welche urheberrechtlichen Konzepte sind dem Wissenschaftssystem wirklich dienlich?, dans : Schmitz/von Becker/Hrubesch-Millauer (Ed.) : Probleme des neuen Urheberrechts für die Wissenschaft, den Buchhandel und die Bibliotheken, Wiesbaden 2008, p. 89 ss.
- MANTZ, RETO : Open Access-Lizenzen und Rechtsübertragung bei Open Access-Werken, dans : Spindler (Ed.) : Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access-Publikationen, Göttingen 2006, p. 55 ss. (cit. : Open Access)
- MANTZ, RETO : Open Source, Open Content und Open Access – Gemeinsamkeiten und Unterschiede, dans : Lutterbeck/Bärwolff/Gehring (Ed.) : Open Source Jahrbuch 2007, Berlin 2007, p. 413 ss. (cit. : Open Source)
- OBERHAMMER, PAUL : Art. 5, dans : Dasser/Oberhammer (Ed.) : Kommentar zum Lugano-Übereinkommen (LugÜ), Berne 2008
- PEIFER, KARL-NIKOLAUS : Urheberrechtliche Rahmenbedingungen von open access-Konzepten, dans : Peifer/Gersmann (Ed.) : Forschung und Lehre im Informationszeitalter – zwischen Zugangsfreiheit und Privatisierungsanreiz, Berlin 2007, p. 39 ss.
- PFLÜGER, THOMAS/ERTMANN, DIETMAR : E-Publishing und Open Access – Konsequenzen für das Urheberrecht im Hochschulbereich, ZUM 2004, p. 436 ss.
- PIAGET, EMMANUEL : Le contrat d'édition portant sur une publication numérique, Berne 2004
- PORTMANN, WOLFGANG/STÖCKLI, JEAN-FRITZ : Schweizerisches Arbeitsrecht, 2^{ème} éd., Zurich/St.-Gall 2007
- REHBINDER, MANFRED : Schweizerisches Urheberrecht, 3^{ème} éd., Berne 2000 (cit. : Urheberrecht)
- REHBINDER, MANFRED : Der E-Book-Verlagsvertrag, dans : Schweizer/Burkert/Gasser (Ed.) : Festschrift für Jean Nicolas Druey, Zurich/Bâle/Genève 2002, p. 219 ss. (cit. : E-Book-Verlagsvertrag)
- RUBLI, DOMINIK P. : Das Verbot der Umgehung technischer Massnahmen zum Schutz digitaler Datenangebote, Berne 2009
- SANDBERGER, GEORG : Behindert das Urheberrecht den Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen?, ZUM 2006, p. 818 ss.
- SCHIRMBACHER, PETER : Open Access – ein historischer Abriss, dans : Deutsche UNESCO-Kommission (Ed.) : Open Access, Bonn 2007, p. 22 ss.
- SCHMAUS, STEFAN : Der E-Book-Verlagsvertrag, Baden-Baden 2002
- SCHRICKER, GERHARD : Verlagsrecht, 3^{ème} éd., Munich 2001
- SCHWEIKART, PHILIPP : Die Interessenlage im Urheberrecht, Diss. Zurich 2004
- SCHWENS, UTE/ALTENHÖNER, REINHARD : Langzeitarchivierung bei Open Access, dans : Deutsche UNESCO-Kommission (Ed.) : Open Access, Bonn 2007, p. 55 ss.

-
- SCHWENZER, INGEBORG : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4^{ème} éd., Berne 2006
- SEEMANN, MATTHIAS : Übertragbarkeit von Urheberpersönlichkeitsrechten, Berne 2008
- SENFTLEBEN, MARTDANS : Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests, GRUR Int. 2004, p. 200 ss.
- STAUB, ROGER : Leistungsstörungen bei Urheberrechtsverträgen, Berne 2000
- STIESS, KATRDANS : Anknüpfungen im internationalen Urheberrecht unter Berücksichtigung der neuen Informationstechnologien, Francfort-sur-le-Main 2005
- STIRNIMANN, FRANZ X. : Urheberkartellrecht, Zurich/Bâle/Genève 2004
- STRAFNER, ALEXANDER : Urheber- und wettbewerbsrechtliche Abwehransprüche des Anbieters von Informationen im World Wide Web gegen Hyperlinks, Francfort-sur-le-Main 2005
- TROLLER, ALOIS : Der Verlagsvertrag, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch vol. V/3a, Zurich 1976 (cit. : CZ)
- VISCHER, FRANK : Art. 122, dans : Girsberger et al. (Ed.) : Zürcher Kommentar zum IPRG, 2^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2004 (cit. : CZ)
- VOGEL, STEFAN : Der Staat als Marktteilnehmer, Zurich 2000
- WEBER, MARC PHILIPP : Haftungsrechtliche Risiken beim Betrieb institutioneller Repositorien, dans : Spindler (Ed.) : Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access-Publikationen, Göttingen 2006, p. 149 ss.
- WEBER, ROLF H. : E-Commerce und Recht, Zurich 2001 (cit. : E-Commerce)
- WEBER, ROLF H. : Rechtsfragen rund um Suchmaschinen, Zurich/Bâle/Genève 2003 (cit. : moteurs de recherche)
- WEBER, ROLF H. : Zivilrechtliche Haftung im Internet, dans : Arter/Jörg (Ed.) : Internet-Recht und Electronic Commerce Law, Berne 2003, p. 159 ss. (cit. : responsabilité)
- WERRA, JACQUES DE : Art. 16, dans : Müller/Oertli (Ed.) : Urheberrechtsgesetz (URG), Berne 2006
- WIELSCH, DAN : Zugangsregeln, Die Rechtsverfassung der Wissensteilung, Tübingen 2008
- ZÄCH, ROGER : Schweizerisches Kartellrecht, 2^{ème} éd., Berne 2005

Liste des abréviations

ADPIC	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, annexe 1C de L'Accord du 15 avril 1994 instituant l'Organisation mondiale du commerce, RS 0.632.20)
al.	alinéa
art.	article
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel
C.	Considérant
c.-à-d.	c'est-à-dire
CBE	Commentaire bernois
CBL	Commentaire bâlois
CBR	Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques révisée à Paris le 24 juillet 1971, RS 0.231.15
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210
CE	Communauté européenne
CF	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101
cf.	<i>confer</i> (se reporter à)
CGV	conditions générales de vente
ch. marg.	chiffre marginal
cit.	citation
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CL	Convention du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, RS 0.275.11 – Convention de Lugano
CLR	Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 30 octobre 2007, Ff. 2009, p. 1841 ss (entrée en vigueur : au plus tôt le 1 ^{er} janvier 2011)
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations), RS 220
CR	Commentaire Romand
CZ	Commentaire zurichois
e.r.a.	en rapport avec
Ed.	éditeur
éd.	édition
env.	environ
et al.	et alii, et aliae (et les autres)
et réf.	et références

Ff.	Feuille fédérale
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, International (revue internationale de l'association allemande pour la protection de la propriété intellectuelle)
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (revue de l'association allemande pour la protection de la propriété intellectuelle)
IIC	International Review of Industrial Property and Copyright Law (publication)
LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995, RS 251
LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986, RS 241
LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins (Loi sur le droit d'auteur) du 9 octobre 1992, RS 231.1
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987, RS 291
let.	Lettre
n°	numéro
nbp.	note de bas de page
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
p.	page
par ex.	par exemple
PDF	Portable Document Format
RS	Recueil systématique du droit fédéral
sic!	Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence
SIWR	Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (droit suisse de la propriété intellectuelle et de la concurrence), publication
SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht, revue (depuis 1997 : sic!)
ss.	pages suivantes
TDA	Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996, RS 0.231.151
TF	Tribunal fédéral
UFITA	Archiv für Urheber- und Medienrecht (archives pour les droits d'auteur et les droits des médias) à Munich ; jusqu'en 1999 : Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht (archives pour les droits d'auteur, les droits cinématographiques, radiophonique et théâtraux)
UNESCO	Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (loi sur le droit d'auteur) du 9 septembre 1965 (Allemagne)
VerlG	Gesetz über das Verlagsrecht (loi sur le droit d'édition) du 19 juin 1901 (Allemagne)
vol.	volume

ZfBB	Zeitschrift für Bibliothekswesen und Bibliographie (revue allemande de bibliothéconomie et de bibliographie)
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (revue allemande pour le droit d'auteur et les droits des médias)

A. Objet de l'avis de droit

- 1 L'Université de Zurich s'est fixé pour objectif d'offrir gratuitement un accès le plus large possible à des publications scientifiques via Internet. Dans cet esprit, elle soutient le mouvement connu sous le nom d'« Open Access » (ou publication en libre accès dans des archives ouvertes), représenté et promu activement au niveau international par des chercheurs et des organisations scientifiques. Dans ce contexte, l'Université de Zurich souhaite s'informer sur le cadre juridique dans lequel s'inscrit l'Open Access en Suisse.
- 2 A cet effet, l'Université de Zurich a élaboré un catalogue de questions auxquelles le présent avis de droit apporte des réponses. Elle s'attache en priorité aux questions juridiques soulevées par l'exploitation d'« archives ouvertes » (ou « répertoires »), c.-à-d. de serveurs Internet visant à rendre accessibles des publications scientifiques. L'étude examine notamment dans quelle mesure des documents qui ont déjà été publiés par des éditeurs scientifiques peuvent être déposés dans des archives ouvertes.
- 3 Le présent avis de droit se limite à une présentation du droit suisse. Or, au niveau international, ce n'est souvent pas le régime juridique suisse qui s'applique mais celui d'un autre pays (cf. ch. marg. 28 ss. ci-après).

B. Fondements

I. Définition et finalité de l'Open Access

1. *Définition*

- 4 Le principe fondamental de l'Open Access est de rendre le savoir scientifique librement accessible à toutes les personnes intéressées. Ce principe est ancré dans un document central pour le mouvement de l'Open Access : la « Déclaration de Berlin » d'octobre 2003 sur le libre accès à la connaissance, qui se fixe pour objectif une « vision d'une représentation

globale et accessible de la connaissance¹. Le principal vecteur de réalisation de cet objectif est Internet, car il permet de façon très simple de diffuser des informations à l'échelle mondiale.

5 Ce principe de base de l'Open Access peut être exprimé par l'intermédiaire de divers termes². L'avis de droit se fonde sur la définition suivante :

6 *On entend par Open Access l'accès gratuit à la connaissance scientifique via Internet.*

7 Cette définition englobe les éléments suivants :

- *Gratuité* : l'utilisateur n'est pas tenu de payer pour cet accès. En conséquence, les coûts de mise à disposition des informations doivent être pris en charge par ailleurs (pour les différents modèles de financement, cf. ch. marg. 15 ci-après).
- On estime qu'un accès suffisant est donné lorsque l'utilisateur peut utiliser les informations disponibles à des fins scientifiques. Pour cela, il doit pouvoir consulter, visionner et enregistrer les documents sur son ordinateur, de même que les imprimer pour ses besoins propres³.
- Les *connaissances scientifiques* englobent principalement les publications scientifiques, de même que d'autres matériels scientifiques, tels que des données de recherches et des enregistrements⁴.

¹ « Déclaration de Berlin sur le Libre Accès à la Connaissance en Sciences exactes, Sciences de la vie, Sciences humaines et sociales », <http://oa.mpg.de/openaccess-berlin/berlindeclaration.html> (tous les sites Internet ont été consultés le 7 juillet 2009).

² S'agissant du terme « Open Access », cf. LOSSAU, p. 18 ss. ; BAILEY, p. 13 ss. ; KUHLEN, p. 457 ss. ; BARGHEER/BELLEM/SCHMIDT, p. 5 ss.

³ Selon la Déclaration de Berlin (cf. ci-avant nbp. 1), le terme d'Open Access englobe aussi d'autres types d'utilisation, par ex. la mise en circulation, la présentation en public et l'adaptation. Celle-ci doit être interprétée en premier lieu comme une revendication politique. Le présent avis de droit se fonde sur une conception plus restreinte ; en effet, si les termes d'Open Access et/ou d'archives ouvertes ne pouvaient être utilisés que lorsque l'auteur dispose de l'ensemble des droits énoncés dans la « Déclaration de Berlin », cela compliquerait la compréhension. Cf. dans ce sens également BARGHEER/BELLEM/SCHMIDT, p. 6.

⁴ Cf. la formulation de la Déclaration de Berlin (ci-avant nbp. 1) : « Les contributions au libre accès se composent de résultats originaux de recherches scientifiques, de données brutes et de métadonnées, de documents sources, de représentations numériques de documents picturaux et graphiques, de documents scientifiques multimédia. »

- On entend par *Internet* le réseau informatique mondial d'échange de données composé de divers réseaux informatiques.

2. *Finalité*

- 8 L'objectif des archives ouvertes est en premier lieu d'exploiter au mieux le potentiel d'Internet pour la diffusion des connaissances⁵, de façon à garantir les bases de la recherche libre. Cela suppose que les recherches financées par des crédits publics soient librement accessibles au public⁶. L'idée est de permettre à des chercheurs, des organisations scientifiques et des bibliothèques disposant d'un budget limité de contribuer, selon leurs moyens, à une recherche scientifique de haut niveau.
- 9 Les archives ouvertes doivent en outre permettre d'archiver à long terme des connaissances scientifiques et ainsi de contribuer à la sauvegarde du patrimoine culturel⁷.
- 10 Ces objectifs du mouvement de l'Open Access ont été principalement définis pour préserver la liberté de la recherche et l'archivage pérenne des œuvres, rendus plus difficiles par les évolutions intervenues dans l'enseignement supérieur et l'édition⁸. L'enseignement supérieur a été confronté un peu partout à des restrictions budgétaires ; celles-ci n'ont pas épargné les bibliothèques, qui ont dû réduire le volume de leurs nouvelles acquisitions. Dans le secteur de l'édition, on observe un recul des publications sur papier au profit des médias en ligne ; or, ce phénomène n'a souvent pas produit les réductions de prix escomptées et n'a donc pas permis de remédier aux problèmes financiers des bibliothèques⁹. De plus, la multiplication des publications exclusivement disponibles sur In-

⁵ Comparable à l'« Open Source » en matière de logiciels informatiques ; pour les similitudes et différences entre « Open Access » et « Open Source », voir MANTZ, *Open Source*, p. 413 ss.

⁶ Cf. HILTY, *Wissenschaftler*, p. 182 et réf.

⁷ Selon la « Déclaration de Berlin » (ci-avant nbp. 1).

⁸ Cf. les déclarations de Budapest de février 2002 (Budapest Open Access Initiative, www.soros.org/openaccess/read.shtml), de Bethesda d'avril 2003 (Bethesda Statement on Open Access Publishing, www.earlham.edu/~peters/fos/bethesda.htm) et de Berlin d'octobre 2003 (ci-avant nbp. 1). Pour l'histoire du mouvement de l'Open Access, voir SCHIRMBACHER, p. 22 ss. ; ANDRE, p. 32 ss.

⁹ PFLÜGER/ERTMANN, p. 436 ss. ; EGLOFF, p. 705 s. ; KUHLEN, p. 225 ss., 232 ss. ; HILTY, *Sündenbock Urheberrecht?*, p. 127 ss. ; du même auteur, *Wissenschaftler*, p. 182 et réf.

ternet (« e-only ») a remis en question les usages en matière d'archivage pérenne¹⁰.

II. Stratégies du mouvement de l'Open Access

1. Stratégies de publication

a) Voie dorée

- 11 On parle de « voie dorée » (golden road) lorsque la publication est faite exclusivement ou principalement dans un produit média en libre accès. Cela englobe la possibilité de publier des contributions dans des revues en libre accès qui, comme les autres revues, pratiquent le contrôle par les pairs¹¹. Les monographies et les manuels peuvent être publiés – généralement par des maisons d'édition spécialisées – selon le principe des archives ouvertes¹².

b) Voie verte

- 12 La « voie verte » (green road) consiste à publier l'œuvre de manière traditionnelle tout en prévoyant une publication parallèle en libre accès. Cela se fait soit par auto-archivage, par ex. sur le site Internet personnel d'un chercheur, soit par archivage institutionnel dans des archives ouvertes, c.-à-d. sur le serveur d'un institut, d'une université ou d'un autre organisme scientifique¹³.
- 13 La « voie verte » est un compromis entre la publication traditionnelle et la publication en libre accès. Une telle solution est pratiquée notamment parce que la réputation d'un scientifique dépend largement de ses publications dans des média traditionnels, en particulier dans des revues spécialisées renommées¹⁴.

¹⁰ Pour le point de vue de la bibliothèque, voir SCHWENS/ALTENHÖNER, p. 55 ss.

¹¹ Voir les récapitulatifs sur les publications en libre accès, dont une grande partie pratique le contrôle par les pairs : Directory of Open Access Journals (www.doaj.org), Open J-Gate (www.openj-gate.com).

¹² BARGHEER/BELLEM/SCHMIDT, p. 7 s.

¹³ BARGHEER/BELLEM/SCHMIDT, p. 8.

¹⁴ DORSCHER, p. 239 ; PFLÜGER/ERTMANN, p. 437 ; EGLOFF, p. 712 ; HILTY/BAJON, p. 262.

- 14 Le présent avis de droit est consacré en priorité aux questions juridiques soulevées par la « voie verte », la « voie dorée » n'y étant abordée que de façon marginale.

2. *Stratégies financières*

- 15 Pour permettre à l'utilisateur d'accéder gratuitement à des publications scientifiques, les coûts liés au traitement, à l'expertise et à la mise à disposition doivent être pris en charge par ailleurs. Il existe essentiellement trois stratégies de financement des publications en libre accès, qui peuvent être différenciées ou modifiées comme suit¹⁵ :
- Le « modèle du financement par l'auteur » : celui-ci doit en principe acquitter les frais de publication pour son article¹⁶ ; dans le cadre de sa relation avec l'institution pour laquelle il travaille, celle-ci peut toutefois prendre ces coûts à sa charge.
 - Le « modèle institutionnel » : les publications sont financées d'emblée par des institutions de recherche ou des bibliothèques ; soit celles-ci gèrent elles-mêmes une plate-forme de publication (par ex. une archive ouverte), soit elles coopèrent avec des tiers qui financent leurs coûts de fonctionnement au travers des contributions de leurs membres (par ex. les éditeurs en libre accès)¹⁷.
 - Le « modèle hybride » : la publication traditionnelle et celle en libre accès (c.-à-d. avec un accès restreint) sont possibles ; l'auteur a le choix. Cela dit, la publication en libre accès n'est possible que si l'auteur (ou un tiers, par ex. une institution de recherche) acquitte des frais de publication ; dans le cas contraire, l'œuvre est publiée avec un accès restreint et payant pour l'utilisateur¹⁸. En définitive, les

¹⁵ Pour plus de précisions, voir KUHLEN, p. 553 ss. ; COCKERILL, p. 111 ss.

¹⁶ Pratiqué par ex. par les célèbres plates-formes en libre accès BioMed Central (liste des tarifs www.biomedcentral.com/info/authors/apcfaq) et PLoS, Public Library of Science (liste des tarifs www.plos.org/journals/pubfees.html).

¹⁷ Sur la plate-forme en libre accès BioMed Central, le « modèle du financement par l'auteur » est combiné au « modèle institutionnel » de telle sorte que l'auteur doit en principe acquitter des frais de publication (cf. ci-avant n°p. 16) ; or, les chercheurs des institutions membres de BioMed Central n'ont pas à les payer : www.biomedcentral.com/inst

¹⁸ Aujourd'hui, divers grands éditeurs proposent ce modèle, par ex. Springer (« Open Choice »), Oxford University Press (« Oxford Open »), Elsevier (« Sponsored Articles ») et Wiley-Blackwell (« OnlineOpen ») : www.springer.com/open+access/open+choice?SGWID=0-40359-0-0-0, www.oxfordjournals.org/oxfordopen,

intermédiaires commerciaux demandent aux acteurs scientifiques de compenser en quelque sorte le manque à gagner induit par le libre accès aux publications.

III. Fondements juridiques de l'Open Access

1. *Droit d'auteur*

- 16 Les publications scientifiques étant généralement soumises au droit d'auteur, celui-ci joue un rôle important pour la réalisation de plates-formes en libre accès. Vous trouverez ci-après un bref récapitulatif des fondements du droit d'auteur qui présentent un intérêt pour le présent avis de droit.
- 17 Du point de vue suisse, les bases juridiques décisives en l'occurrence sont la loi sur le droit d'auteur (LDA) et divers accords internationaux, notamment le traité de l'OMPI (Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle) sur le droit d'auteur (WIPO Copyright Treaty, WCT) et la Convention de Berne révisée (CBR).
- 18 Le droit d'auteur couvre les œuvres en qualité de « créations de l'esprit » (art. 2 al. 1 LDA), indépendamment de leur fixation sous forme d'exemplaires de l'œuvre. Ainsi, la loi protège un article « en lui-même » et non une version graphique donnée de celui-ci. La protection au titre du droit d'auteur est donnée, indépendamment de la forme que prend un article - manuscrit, version PDF de l'éditeur avec ou sans logo de celui-ci, ou sous toute autre forme.
- 19 Les créations de l'esprit n'entrent dans le champ du droit d'auteur que lorsqu'elles ont un « caractère individuel » (art. 2 al. 1 LDA). Pour les œuvres scientifiques qui sont spécifiquement citées dans la loi (art. 2 al. 2 let. a et d LDA), ce caractère individuel réside moins dans le contenu de l'œuvre – car il est fortement tributaire de la logique scientifique – que dans sa forme concrète linguistique ou stylistique, la formulation et la structuration de son contenu¹⁹. Les publications scientifiques sont géné-

www3.interscience.wiley.com/authorresources/funded_access.html,
www.elsevier.com/wps/find/intro.cws_home/sponsoredarticles.

¹⁹ ATF 113 II 306 ss. C. 3a ; TF, SMI 1996, p. 73 ss. C. 4a (p. 82) ; BARRELET/EGLOFF, art. 2 ch. marg. 16. Pour une protection plus étendue, cf. REHBINDER, Urheberrecht, ch. marg. 81, selon lequel le *contenu* d'œuvres scientifiques peut également être protégé ; cela n'entrave pas le débat scientifique puisque d'autres chercheurs peuvent mention-

ralement protégées par le droit d'auteur, pour autant qu'il ne s'agisse pas d'une simple énumération de données²⁰.

- 20 Ci-après, nous partons du principe que les œuvres mises à disposition sur les archives ouvertes sont protégées par le droit d'auteur. Ce présupposé doit être appliqué à titre de précaution par l'exploitant d'une archive ouverte s'il veut éviter de devoir vérifier la situation particulière de chaque œuvre au regard du droit d'auteur.
- 21 Le droit d'auteur regroupe divers droits partiels (art. 9–15 LDA). Il couvre en premier lieu les droits d'utilisation, tels que le droit de confectionner des exemplaires de l'œuvre, de la mettre en circulation et de la rendre accessible (art. 10 LDA). Par ailleurs, l'auteur a le droit de faire reconnaître sa qualité d'auteur, de décider de la divulgation de l'œuvre (art. 9 LDA) et de protéger son intégrité (art. 11 LDA). Il existe en outre des droits se référant à certains exemplaires de l'œuvre (art. 13–15 LDA), par ex. le droit d'accès à l'exemplaire original. Ces différents droits peuvent eux aussi être décomposés plus avant (cf. ch. marg. 70 ss. ci-après). Pour les utilisations en libre accès et les contrats conclus dans ce contexte, il convient de vérifier avec précision quels droits partiels sont concernés.
- 22 Le droit d'auteur est soumis à certaines exceptions (art. 19 ss. LDA). Dès lors que l'utilisation d'une œuvre entre dans le champ d'une telle exception, elle peut être effectuée librement, c.-à-d. sans l'accord du titulaire du droit d'auteur, mais elle est soumise selon le cas à une rémunération (par ex. cf. art. 20 LDA). Les exceptions pertinentes au regard de la publication en libre accès sont principalement celles liées à l'usage privé (art. 19 al. 1 let. a LDA), à l'usage interne (art. 19 al. 1 let. c LDA) et à la confection d'exemplaires d'archives (art. 24 al. 1 et 1^{bis} LDA).

ner l'œuvre dans le cadre du droit de citation (art. 25 LDA). Dans ce sens également, plus explicitement, cf. ALTENPOHL, p. 81 ss.

²⁰ A titre de comparaison : la jurisprudence a notamment reconnu la qualité d'œuvre protégée à une édition de la loi complétée par des références à des normes (TF, SMI 1996, p. 73 ss. C. 4a p. 83, et à une affiche publicitaire (Tribunale d'appello del Ticino, sic! 2002, p. 509 ss. C. 5).

Parmi les œuvres non protégées, on peut citer par ex. un abrégé de préparations pharmaceutiques (Zivilgerichtspräsidium Basel-Stadt, sic! 2004, p. 490 ss. C. 2), un tableau indiquant des pressions recommandées (Kantonsgerichtspräsident Schwyz, sic! 1997, p. 143 ss. C. 5a) et un document d'organisation comptable (Obergericht Luzern, sic! 1998, p. 178 ss. C. 7.2).

2. *Droit en matière de concurrence*

- 23 Les plates-formes en libre accès font partie du secteur de l'édition, tout en lui faisant potentiellement concurrence. C'est pourquoi, il convient de tenir compte d'aspects liés à la concurrence dans le présent avis de droit. Les fondements pertinents du droit sont la loi sur les cartels (LCart) et la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD).
- 24 S'agissant du libre accès, une question centrale se pose : dans quelle mesure les éditeurs scientifiques sont-ils soumis à un contrôle en termes de droit de la concurrence, concernant leurs prix et l'accès aux œuvres qu'ils contrôlent (pour plus de précisions, voir ch. marg. 218 ss. ci-après) ?

3. *Droit des contrats*

- 25 La cession du droit d'auteur sur des œuvres scientifiques se fait par contrat. Les conventions pertinentes pour l'exploitation d'œuvres dans des archives ouvertes sont principalement les contrats d'édition et les conditions générales de vente (CGV) qui, dès lors qu'elles sont acceptées par les deux parties, ont valeur de contrats. Les fondements juridiques déterminants sont le Code des obligations (CO), notamment les dispositions régissant les contrats d'édition (art. 380 ss. CO), ainsi que les fondements du droit d'auteur formulés en partie dans l'art. 16 LDA.
- 26 Les contrats priment sur le droit législatif dispositif, mais non sur le droit législatif impératif. Conformément à l'art. 380 ss. CO, le droit régissant les contrats d'édition est entièrement dispositif²¹, et la LDA ne contient pratiquement aucune disposition impérative spécifique en matière de droit d'auteur²². Cela implique que les parties contractantes peuvent fondamentalement déroger à ces règles. Ainsi, s'il est stipulé dans un contrat d'édition qu'une publication parallèle de l'œuvre dans une archive ouverte est exclue, ou bien autorisée uniquement dans certaines conditions (par ex. sans le logo ni la numérotation des pages de l'éditeur), les disposi-

²¹ REHBINDER, Urheberrecht, ch. marg. 164 ; CR-CHERPILLOD, avant art. 380–393 ch. marg. 10 ; HILTY, Verlagsvertrag, p. 565.

²² Une exception est contenue dans l'*obligation d'édition* qui s'applique à certains droits via les sociétés d'auteurs autorisées (par ex. art. 22 al. 1 LDA sur la communication d'œuvres diffusées). Par ailleurs, toutes les règles définissant les *caractéristiques du droit d'auteur* (par ex. transférabilité du droit d'auteur ; scission de droits partiels du droit d'auteur) sont obligatoires. Enfin, les contrats sont également soumis aux *limites générales* du régime juridique (art. 19 al. 2 CO).

tions légales sur le droit d'auteur ou les contrats n'interdisent généralement pas ce genre de clauses (pour plus de précisions, voir ch. marg. 106 ss. ci-après).

- 27 En revanche, les dispositions de l'art. 7 LCart concernant les pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante sont impératives. Dans ce contexte, elle ne s'appliquent toutefois que de façon isolée (cf. ch. marg. 218 ss.).

4. *Droit privé international*

- 28 Dans le cadre de relations internationales, il convient de définir le droit applicable, c.-à-d. si les éventuels litiges sont soumis au droit suisse ou à celui d'un autre pays. Il faut déterminer au préalable si les tribunaux compétents sont ceux de Suisse ; les fondements juridiques en la matière sont principalement ceux de la Convention de Lugano (CL) et de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP). Si les tribunaux compétents sont suisses, ces derniers trancheront la question du droit applicable conformément aux règles suisses de conflit de loi, elles-mêmes régies par la LDIP.
- 29 En matière d'infraction au droit d'auteur, on applique fondamentalement le droit de l'État pour lequel la protection en la matière est revendiquée (art. 110 al. 1 LDIP ; pour plus de précisions, voir ch. marg. 157 ss. ci-après)²³.
- 30 Il convient de faire la distinction entre les violations du droit d'auteur et les infractions contractuelles. Les contrats d'éditions sont soumis au régime juridique de l'État dans lequel se trouve l'établissement de l'éditeur (selon la doctrine dominante dans l'interprétation de l'art. 117 LDIP, cf. ch. marg. 155 ci-après).
- 31 De plus, il convient d'examiner si, outre le droit applicable, les parties ont conclu une convention valable ; le cas échéant, celle-ci prime sur la législation.

²³ BSK-JAEGER, art. 110 ch. marg. 17 ss. ; REHBINDER, Urheberrecht, ch. marg. 220.

5. *Autres aspects*

a) *Droit constitutionnel*

- 32 Le postulat de l'Open Access peut se fonder sur le droit fondamental de la liberté de la science ancré dans la Constitution fédérale (art. 20 CF). Compte tenu des effets horizontaux des droits fondamentaux, la liberté de la science s'applique non seulement vis-à-vis de l'État, mais elle doit aussi être prise en compte dans l'interprétation des normes du droit privé (par ex. de la loi sur le droit d'auteur)²⁴. En droit suisse, une telle interprétation constitutionnelle n'a pas une grande importance dans la pratique, du moins concernant les archives ouvertes²⁵. D'une part, une interprétation conforme à la constitution doit respecter le cadre normatif de la loi, c.-à-d. qu'elle ne doit pas la corriger²⁶. De l'autre, il faut qu'elle tienne compte non seulement de la liberté de la science, en principe favorable à l'Open Access, mais aussi de la garantie de la propriété (art. 26 CF) qui protège les particuliers, notamment en qualité de titulaires du droit d'auteur²⁷.
- 33 Un autre aspect constitutionnel porte sur la compatibilité entre les archives exploitées dans une logique de service public et le principe de la liberté économique (art. 94 al. 1 CF). Lorsque des universités, par exemple, mettent à disposition des archives, elles font d'une certaine manière concurrence aux maisons d'édition privées, d'autant plus lorsque ces archives mettent gratuitement à disposition des œuvres scientifiques. Une telle attitude n'est pas contraire à la constitution mais elle est tributaire d'une base législative acceptable, d'un intérêt suffisant du public ainsi que du respect du principe de proportionnalité²⁸. C'est pourquoi cette question ne sera pas approfondie dans le présent avis de droit.

²⁴ ATF 111 II 245 ss. C. 4b ; KRAMER, p. 91 ss.

²⁵ Contrairement au droit allemand, qui accorde plus d'importance à la juridiction constitutionnelle. Cf. l'avis de droit de GOUALAIS, cité dans les références bibliographiques, qui traite exclusivement de la question de savoir si le § 52a de la loi allemande sur le droit d'auteur (concernant la mise à disposition publique d'une œuvre à des fins d'enseignement et de recherche) est constitutionnel.

²⁶ KRAMER, p. 90.

²⁷ HÄFELIN/HALLER/KELLER, ch. marg. 597.

²⁸ Pour plus de précisions, cf. VOGEL, p. 107 ss., 128, qui attire en outre l'attention sur le fait que l'État, en tant qu'acteur du marché, est soumis au droit de la concurrence.

b) Droit pénal

- 34 Les infractions à la législation sur le droit d'auteur ou sur la concurrence peuvent avoir des répercussions au niveau pénal comme civil (art. 67 ss. LDA, art. 54 ss. LCart, art. 23 ss. LCD).

c) Droit public

- 35 La mise à disposition de publications scientifiques est souvent le fait d'institutions publiques et dépend donc, à de nombreux égards, d'aspects liés au droit public ; notamment, les règlements intérieurs des universités et des bibliothèques, le droit du travail des chercheurs dans les universités ainsi que les règles régissant la publication en ligne de thèses.

IV. Structure de l'avis de droit

- 36 Le présent avis traite des aspects juridiques liés à l'Open Access. Des questions juridiques distinctes se posent en fonction des diverses parties prenantes.
- 37 C'est pourquoi, la thématique est présentée respectivement dans la perspective de l'auteur (chapitre C), de l'exploitant de l'archive (également appelé « médiateur de l'œuvre ») (chapitre D) et de l'utilisateur (chapitre E). Le point de vue des maisons d'édition, qui sont régulièrement en concurrence potentielle avec les archives ouvertes, est pris en compte dans le contexte respectif.
- 38 Cette distinction en trois perspectives (celles de l'auteur, celle du « médiateur » de l'œuvre et celle de l'utilisateur) a fait ses preuves dans la doctrine relative au droit d'auteur car elle permet de tenir compte des divers intérêts en présence²⁹. De plus, elle est très utile pour évaluer quels intérêts doivent être favorisés lors d'un amendement législatif (F). Enfin, le document s'achève sur une synthèse de l'avis de droit (G).

²⁹

Voir notamment HILTY, *Sündenböck Urheberrecht?*, p. 113 s. ; pour des informations plus détaillées sur l'ensemble de la question, cf. SCHWEIKART, p. 22 ss. Outre ces trois types d'intérêts individuels, il faut également tenir compte des intérêts généraux : REHBINDER, *Urheberrecht*, ch. marg. 48 s. ; SCHWEIKART, p. 46 ss.

C. Le point de vue de l'auteur

I. Aperçu

39 Le principe de l'Open Access est, notamment, d'inciter les membres de la communauté scientifique à déposer leurs œuvres sur Internet pour qu'elles y soient gratuitement accessibles. Dans le droit, rien ne les en empêche. Dès lors qu'un auteur a créé une œuvre, la loi lui en reconnaît la paternité, il peut en disposer librement et, en particulier, il peut la céder à une revue en libre accès ou à une archive ouverte (voir ci-dessous au point II.).

40 Il est toutefois fréquent que l'auteur préfère publier son œuvre par l'intermédiaire d'un éditeur traditionnel – généralement parce que cela est bénéfique à sa réputation scientifique³⁰. S'il souhaite parallèlement déposer son œuvre dans une archive ouverte, la question des droits se pose : sont-ils détenus par l'éditeur ? L'auteur peut-il encore en disposer ? Pour y répondre, il faut examiner si un lien juridique avec l'éditeur existe dans les faits (III.), quels sont les droits concédés à l'éditeur et quelles sont les conventions qui en réglementent l'exercice (IV.).

41 Il convient en outre d'établir quelle est la situation juridique des œuvres produites par plusieurs auteurs (V.), d'étudier la situation dans un contexte international (VI.) et enfin de tirer les conclusions (VII.).

II. Situation initiale en termes de droit d'auteur

1. *Le principe du créateur*

42 Le principe du créateur, en vigueur en Suisse, s'inspire du droit international ; selon ce principe, seule une « personne physique » peut être auteur (art. 6 LDA), et « l'auteur est la personne qui a créé l'œuvre »³¹. La protection prend effet dès la création de l'œuvre et tous les droits sont attachés à la personne de l'auteur.

43 En vertu du principe du créateur, une personne morale ne peut avoir la qualité d'auteur ; elle peut tout au plus se faire accorder des droits par l'auteur. Les personnes morales – qu'elles soient employeur ou com-

³⁰ DORSCHER, p. 239 ; PFLÜGER/ERTMANN, p. 437 ; EGLOFF, p. 712 ; HILTY/BAJON, p. 262.

³¹ ATF 116 II 351 ss. C. 2b

manditaire – ne sont donc jamais des « auteurs » (selon la conception du droit d'auteur en Europe continentale) mais tout au plus des « titulaires dérivés » du droit d'auteur³².

- 44 La paternité sur une œuvre peut être collective. Sont coauteurs toutes les personnes qui ont concouru à la création d'une œuvre (pour plus de précisions sur l'exercice du droit d'auteur par plusieurs personnes, voir ci-après ch. marg. 138 ss.).
- 45 Dans certaines disciplines, les publications scientifiques font l'objet d'un contrôle qualité avant d'être publiées, soit par l'éditeur (comité de lecture), soit par des experts extérieurs (validation par les pairs). En règle générale, les pairs ne sont pas à considérer comme coauteurs de l'œuvre scientifique s'ils analysent l'œuvre, émettent un jugement, expriment une critique ou soumettent des suggestions d'amélioration. Le droit d'auteur ne protégeant pas la pensée ou l'idée en soi, mais seulement son expression concrète³³, il est exceptionnel que l'expert puisse être considéré comme coauteur, à moins qu'il ne fasse des propositions concrètes quant à la formulation et à la présentation de l'œuvre, et que l'auteur n'intègre celles-ci sans les modifier sensiblement.
- 46 Ne sont pas considérés comme coauteurs les personnes qui n'ont pas contribué au contenu de l'œuvre scientifique, mais seulement à sa mise en forme, qu'elles l'aient par exemple mise en page, qu'elles aient procédé à des modifications techniques sur le format de publication, ou corrigé des fautes d'orthographe ou de frappe. Ne sont pas non plus coauteurs les assistants scientifiques qui exécutent, en vue d'une œuvre, des travaux d'assistance ou qui épaulent le chercheur sans participer à la formulation concrète ni à la présentation des contenus. Comme indiqué ci-avant (au ch. marg. 45), le fait d'être à l'origine d'une idée n'entraîne pas le statut de coauteur tant qu'il n'y a pas de mise en forme précise reprise telle quelle dans l'œuvre.
- 47 Dans le secteur scientifique, il arrive que des personnes, comme les directeurs d'instituts, signent des publications en qualité d'auteur alors qu'elles n'ont pas participé à la création de l'œuvre, même si elles ont ef-

³² Selon certaines doctrines, le cas particulier de l'art. 393 CO (œuvres composées d'après le plan de l'éditeur) déroge à ce principe ; voir l'aperçu sur les différentes approches dans le CBL HILTY, art. 393 ch. marg. 4.

³³ REHBINDER, Urheberrecht, ch. marg. 27 (p. 47).

fectivement certaines responsabilités sur le contenu de la publication. Une telle personne n'est pas coauteur mais, si elle est désignée sur la publication, elle est présumée auteur par la loi (art. 8 al. 1 LDA) – autrement dit, cette personne est considérée comme auteur tant qu'il n'est pas prouvé qu'elle ne l'est pas, et peut en exercer les droits. En règle générale, les coauteurs (par ex. les collaborateurs du directeur de l'institut) se garderont bien, pour des raisons évidentes, d'apporter ces preuves (contre leur supérieur hiérarchique).

2. *Divulcation de l'œuvre*

48 L'auteur a le droit exclusif de décider si, quand et de quelle manière son œuvre sera divulguée (art. 9 al. 2 LDA).

49 L'auteur peut décider de publier soit en mode Open Access (« voie dorée », ch. marg. 11) soit d'une autre manière, par exemple chez un éditeur traditionnel. Il peut aussi associer les deux types de divulgation, à savoir la publication par un éditeur et parallèlement sur une plate-forme à accès libre (« voie verte », ch. marg. 12 ss.). Dans ce cas, il faut toutefois que les droits parallèlement cédés, à l'éditeur d'une part et à l'exploitant de la plate-forme en libre accès d'autre part, soient compatibles ; autrement dit, il ne peut y avoir de transfert illimité de droits à l'un ou à l'autre ni de licence exclusive (la distinction est expliquée ci-après ch. marg. 65 ss.).

50 Une publication en accès libre, que ce soit par la voie dorée ou la voie verte, donne à tout utilisateur le droit de consulter gratuitement une œuvre sur Internet à des fins privées (à propos de la notion d'Open Access, cf. ci-avant ch. marg. 6 ss.). Ce qui ne veut pas dire que l'auteur ait renoncé à ses droits. L'utilisateur ne dispose fondamentalement pas des droits sur l'ensemble des utilisations possibles de l'œuvre (diffusion d'exemplaires imprimés, traduction, par exemple), et ne peut enfreindre les droits moraux de l'auteur (comme signer de son nom). L'auteur peut réglementer l'utilisation de son œuvre mise en accès libre en y associant des licences. Des modèles de licences, comme les Creative Commons³⁴, sont disponibles sur Internet³⁵.

³⁴ Les licences Creative Commons adaptées au droit suisse sont disponibles sous : <http://creativecommons.org/international/ch>.

³⁵ Pour l'ensemble de ce point, voir PEIFER, p. 41 ss. ; DORSCHER, p. 254 ss.

III. Formation d'un lien juridique avec l'éditeur

1. Contrat d'édition

a) Conclusion d'un contrat

51 Si l'auteur fait le choix de faire publier son œuvre par un éditeur, il s'efforcera de trouver un accord avec celui-ci. Pour avoir une vision claire du rapport de droit entre l'auteur et l'éditeur, il convient de vérifier avant tout s'il existe un lien juridique entre eux, et plus particulièrement, si un contrat d'édition a été conclu.

52 Un contrat sera conclu si les parties se sont accordées sur les points essentiels (cf. art. 1 al. 1 CO)³⁶. Le *contenu objectivement essentiel* du contrat d'édition est la cession de l'œuvre par l'auteur à l'éditeur aux fins de publication, l'éditeur s'obligeant à la reproduire et à la répandre dans le public (cf. art. 380 CO)³⁷, voire à la mettre en ligne (pour plus de précisions sur le contrat d'édition en ligne, voir ci-après, ch. marg. 79 ss.).

53 D'autres points pour l'établissement du contrat d'édition ne sont pertinents que si une partie fait clairement savoir à l'autre qu'en absence d'accord sur ces points, elle refuse de conclure le contrat de sorte que ces points, s'ils ne sont pas objectivement essentiels, le sont toutefois *subjectivement*³⁸. Si, par exemple, un contrat d'édition prévoit que l'auteur n'a pas le droit de publier parallèlement son œuvre sur une plateforme Open Access, il est exclu que ce contrat aboutisse si l'auteur fait clairement connaître qu'il ne désire conclure le contrat d'édition que si la possibilité d'une publication parallèle lui est accordée.

54 La conclusion du contrat d'édition n'est *pas liée à une forme en particulier*³⁹. Il n'est pas impératif que le contrat soit formalisé par écrit ou d'une autre manière. Si, par exemple, l'auteur remet son manuscrit à l'éditeur en le priant de le publier dans une revue donnée, et que, sur ce, l'éditeur y fait imprimer le texte, le contrat est juridiquement conclu parce que l'accord sur les points essentiels du contrat ressort du courrier de l'auteur

³⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, ch. marg. 329 ss.

³⁷ Abondamment traité dans HILTY, Verlagsvertrag, p. 574 ss.

³⁸ ATF 118 II 32 ss. C. 3d et réf.

³⁹ CZ TROLLER, art. 380 ch. marg. 14 ; CR CHERPILLOD, art. 380 ch. marg. 7 ; CBL HILTY, art. 380 ch. mar. 1.

(offre de contrat) et de l'action subséquente de l'éditeur (acceptation du contrat).

- 55 En d'autres termes, un contrat d'édition peut être conclu même sans convention écrite ni orale, du seul fait du comportement de l'auteur et de l'éditeur. C'est pourquoi il arrive qu'un contrat soit considéré comme existant sur le plan du droit, même si l'auteur non juriste est d'avis qu'il n'a ni « conclu » ni « signé » de contrat.

b) Ajouts et modifications

- 56 De même que le contrat d'édition, tout ajout ou modification de celui-ci nécessite l'expression réciproque et concordante de la volonté des parties, à moins que celles-ci n'en aient décidé autrement. Les ajouts ou modifications du contrat, qu'ils soient intégrés au contrat initial ou le complètent, doivent avoir l'accord des deux parties pour être valable. Dans le domaine de l'Open Access, le modèle SPARC (Scholarly Publishing and Academic Resources Coalition) est répandu à l'échelle internationale ; il vise à améliorer les possibilités pour l'auteur de disposer de son œuvre et, en particulier, à lui permettre de déposer son œuvre dans des archives institutionnelles⁴⁰.
- 57 Si l'éditeur soumet à l'auteur, par exemple, une proposition concrète de contrat, et que l'auteur l'accepte mais ajoute d'autres dispositions contractuelles (pour pouvoir déposer l'œuvre dans une archive ouverte, par ex.), cet ajout doit avoir l'accord de l'éditeur pour produire effet. L'accord de l'éditeur peut être exprès, exprimé par un acte concluant ou, dans certains cas, tacite (art. 1 al. 2 et art. 6 CO).
- 58 Si l'éditeur n'accepte pas explicitement l'ajout ou la modification mais publie l'œuvre, ce comportement peut être interprété de deux manières :
- D'une part, la publication pourrait être considérée comme un *acte concluant en faveur de l'ajout ou de la modification*⁴¹ (qui ne peut toutefois être valable que si le contrat d'édition ne prévoit pas que ces compléments nécessitent la forme écrite).

⁴⁰ Addendum de SPARC : www.arl.org/sparc/bm~doc/Access-Reuse_Addendum.pdf; pour plus de précisions, cf. nbp. 80 ainsi que MANTZ, Open Access, p. 97 ff.

⁴¹ Dans cette acception, voir MANTZ, Open Access, p. 99 (en droit allemand).

- D'autre part, on pourrait considérer que la publication n'est que l'exécution du contrat original et partir du principe que l'éditeur *n'a pas accepté* l'ajout ou la modification.

59 Face à une telle incertitude, il est déterminant de savoir à qui revient le fardeau de la preuve. Si l'auteur souhaite faire valoir certains droits fixés dans l'ajout ou la modification (dépôt de l'œuvre dans une archive ouverte, par ex.), c'est à lui de prouver que l'éditeur a donné son accord (art. 8 CC). Si, au contraire, le comportement de l'éditeur, à part le fait qu'il a publié l'œuvre, ne concourt pas à prouver son acceptation, l'auteur ne pourra vraisemblablement pas apporter la preuve de ce qu'il allègue.

60 En conclusion, le seul fait que l'éditeur ait publié l'œuvre ne paraît pas suffisant pour établir que l'éditeur a donné son accord à l'ajout ou à la modification (autorisant, par ex., un dépôt dans une archive ouverte) qu'il n'a jamais explicitement accepté.

2. **Conditions générales de vente (CGV)**

61 Les maisons d'édition utilisent souvent des Conditions générales de vente (CGV). Quand de telles CGV sont-elles impératives pour l'auteur ? La réponse est liée aux principes généraux régissant les contrats, à savoir que les CGV ne sont impératives que si elles reposent sur une manifestation réciproque et concordante de la volonté des parties (art. 1 al. 1 CO).

62 Il peut y avoir accord sur les CGV si celles-ci sont incorporées au contrat individuel ou si le contrat y fait référence⁴². S'il y fait seulement référence, il faut en outre que la partie consentante ait préalablement eu la possibilité matérielle de prendre connaissance du contenu des CGV⁴³. Cette condition n'est pas donnée si, par exemple, les CGV sont imprimées en caractères si petits qu'elles ne sont que difficilement lisibles⁴⁴, ou s'il est laborieux de les trouver sur le site Internet de la maison d'édition.

63 Les CGV d'une partie n'ont pas d'effet juridique sur l'autre partie si cette dernière ne les a pas approuvées. Pour la validité des CGV entre les par-

⁴² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, ch. marg. 1129 s.

⁴³ SCHWENZER, ch. marg. 45.03.

⁴⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, ch. marg. 1140a ; SCHWENZER, ch. marg. 45.03.

ties, il ne suffit pas, par exemple, qu'une partie ait mis ses CGV en ligne sur son site, il faut aussi qu'elle se réfère à ces CGV vis-à-vis de l'autre partie. En règle générale, l'approbation des CGV ne peut être tacite – sauf exception si, par ex., les parties ont déjà eu recours aux mêmes CGV dans le cadre d'un contrat précédent⁴⁵.

- 64 Bien que, généralement, les CGV favorisent nettement la partie qui les a rédigées, le droit suisse ne prévoit aucun contrôle des contenus censé protéger l'autre partie en remédiant à cette situation. Les clauses des CGV sont déclarées non impératives uniquement dans des cas exceptionnels, par ex., en présence de conditions inhabituelles, surprenantes, auxquelles l'autre partie ne pouvait s'attendre⁴⁶, ou de conditions susceptibles de tromper l'autre partie sur leur effet néfaste (art. 8 LCD)⁴⁷.

IV. Etendue des droits concédés à l'éditeur

1. *Fondements*

a) *Distinction entre transfert des droits et licence*

- 65 Un contrat ayant été conclu, il convient de clarifier quels sont les droits que l'auteur a accordés à l'éditeur. C'est une étape nécessaire pour savoir si le contrat d'édition laisse à l'auteur les droits requis pour qu'il puisse déposer, parallèlement à la publication de l'éditeur, l'œuvre concernée sur une archive ouverte.

- 66 Lors de l'analyse des contrats sur les droits d'auteur, il est essentiel de définir si le contrat prévoit un transfert ou une licence de droit d'auteur. La différence entre ces deux types de concession est aussi fondamentale que celle, plus généralement connue, entre la vente et la location de biens.

- 67 Malheureusement, dans la pratique contractuelle, il est fréquent que le transfert et la licence de droits d'auteur ne soient pas assez clairement différenciés, avec pour conséquence que de nombreuses clauses du

⁴⁵ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, ch. marg. 1130.

⁴⁶ À propos de la règle dite de l'inhabituel : ATF 119 II 443 ss. C. 1a ; ATF 4C.282/2003 C. 3.1 ; ATF 4A_438/2007 C. 5.1.

⁴⁷ L'art. 8 LCD fait à raison l'objet de critiques (il « tourne à vide ») de la part des théoriciens lui reprochant de s'orienter sur des cas particuliers peu courants (comme BAUDENBACHER, art. 8, titre précédant ch. marg. 32).

contrat restent floues et doivent faire l'objet d'une interprétation⁴⁸. L'incertitude repose en partie sur l'utilisation, en Suisse germanophone, de modèles de contrats issus du droit allemand qui, fondamentalement, n'autorise pas le *transfert* de droits d'auteur, contrairement au droit suisse⁴⁹.

68 Le *transfert* de droits d'auteur est défini par le fait que le cédant concède le droit d'auteur au cessionnaire et en perd alors le bénéfice, le droit accordé par le cédant est donc transmis au cessionnaire. Celui-ci obtient alors un droit absolu, qu'il peut opposer à quiconque (donc aussi à l'auteur lui-même)⁵⁰. Est notamment à considérer comme transfert dans ce sens la formule d'usage dans la pratique contractuelle, selon laquelle le « droit d'auteur est cédé sans limitation géographique, temporelle ni de contenu ».

69 La *licence* au contraire laisse au cédant son droit d'auteur. Le cessionnaire n'obtient pas le droit d'auteur mais seulement l'autorisation (la licence) d'utiliser l'œuvre. Il ne s'agit que d'un droit relatif qui, fondamentalement, n'est opposable qu'à la personne cédant ce droit⁵¹. Celle-ci reste propriétaire de l'œuvre, sa situation juridique étant définie par le type de licence⁵² :

- Si elle concède une licence *exclusive*, elle s'engage à ne pas attribuer d'autres licences sur l'œuvre concernée.
- Si en revanche elle concède une licence *simple* (non exclusive), elle a le droit d'attribuer d'autres licences (simples) à des tiers.

b) Divisibilité du droit d'auteur

70 Le droit d'auteur sur une œuvre englobe divers droits (cf. ci-avant ch. marg. 21). Ces droits partiels peuvent être séparés du reste des droits d'auteur et sont cessibles individuellement (cf. art. 16 al. 2 LDA). Ainsi

⁴⁸ BARRELET/EGLOFF, art. 16 ch. marg. 2a ; STAUB, p. 57.

⁴⁹ § 29 al. 1 de la loi allemande sur le droit d'auteur.

⁵⁰ HILTY, Lizenzvertragsrecht, p. 85 ; DE WERRA, art. 16 ch. marg. 7 ; SEEMANN, p. 35.

⁵¹ HILTY, Lizenzvertragsrecht, p. 136 ss., 147 s. L'art. 62 al. 3 LDA montre que la nature relative de la licence connaît une exception : le preneur d'une licence exclusive peut en effet, s'il subit ou risque de subir une violation de son droit, intenter une action non seulement contre le cédant mais encore contre tout tiers.

⁵² A ce propos, HILTY, Lizenzvertragsrecht, p. 237 ss.

l'auteur d'une œuvre scientifique peut-il, s'il le souhaite, céder à un éditeur le droit de reproduction et de mise en circulation, et à un autre le droit de traduction. De même, une licence peut se limiter à des droits partiels, ce qui est d'ailleurs courant.

71 Les droits partiels se définissent selon différents critères⁵³ :

- En premier lieu, un droit partiel peut entrer dans les *catégories prévues par la loi* (art. 9–15 LDA). Ainsi, il est possible de convenir, par exemple, du transfert du « droit de reproduction » (art. 10 al. 2 let. a LDA) ou du « droit de diffusion » (art. 10 al. 2 let. d LDA) sur une œuvre.
- Il est également possible de décrire des droits partiels selon d'*autres catégories*. Il peut être envisagé, par exemple, d'accorder un « droit de numérisation » sur des œuvres musicales enregistrées en mode analogique. Selon les termes de la loi, le droit de numérisation est une variante du droit de reproduction (art. 10 al. 2 let. a LDA). Ce qui montre que le droit de reproduction n'est pas nécessairement attribué dans sa globalité, mais que son étendue peut être limitée, qu'il soit cédé ou autorisé sous forme de licence.
- Enfin, la *combinaison* de catégories citées dans la loi avec d'autres catégories est également courante : le « droit de reproduction » (art. 10 al. 2 let. a LDA) d'une œuvre scientifique peut être concédé, par exemple, « sous la forme d'imprimés » ou « pour une publication en ligne ». Dans ce cas, le droit de reproduction n'est pas attribué dans sa globalité mais seulement pour un aspect limité.

b) Droits conservés par l'auteur

72 Pour savoir si l'auteur qui a fait publier son œuvre scientifique par un éditeur est autorisé à la déposer parallèlement dans une archive ouverte, il convient de savoir quels droits il a conservés.

- En règle générale, les contrats d'édition prévoient le *transfert* de droits⁵⁴. Dans ce cas, les droits conservés par l'auteur sont les droits

⁵³ Par mesure de sécurité, la division du droit d'auteur ne peut être illimitée, la sécurité juridique interdisant une « atomisation » du droit d'auteur dans les rapports commerciaux ; pour plus ample informé, voir STAUB, p. 28 ss.

⁵⁴ C'est aussi le cas dans la formulation (dispositive) de l'art. 381 al. 1 CO.

partiels qu'il n'a pas concédés à l'éditeur (ou à un tiers), ainsi que ceux que leur lien avec la personne de l'auteur rend incessibles (p. ex., le droit pour l'auteur, ancré à l'art. 11 al. 2 LDA, de s'opposer à toute altération de l'œuvre portant atteinte à sa personnalité)⁵⁵.

- Si le contrat d'édition ne prévoit pas un transfert mais seulement l'autorisation d'utiliser certains droits c.-à-d. une *licence*, il convient d'abord de se demander s'il s'agit d'une licence simple ou exclusive. La licence simple autorise l'auteur à attribuer d'autres licences (p. ex., à l'exploitant d'une archive ouverte). Si, en revanche, il s'agit d'une licence exclusive, l'auteur ne peut accorder d'autres licences pour les mêmes droits dans le cadre imparti pour l'exclusivité, par ex. (si c'est une limitation dans le temps, jusqu'à expiration du délai d'exclusivité convenu).

73 Si les droits conservés par l'auteur sont déterminés, deux aspects doivent être pris en compte :

- Il convient de vérifier l'existence d'une *restriction ou exception* légale qui autorise l'auteur à déposer son œuvre dans une archive ouverte, même s'il a cédé les droits afférents, en particulier exception de l'usage interne (pour plus de précisions, voir ci-après ch. marg. 197 ss.).
- Inversement, il est possible que l'auteur n'ait pas le droit de déposer son œuvre dans une archive ouverte bien qu'il dispose des droits nécessaires. Ce peut être le cas s'il s'est engagé par contrat au *non exercice de ces droits (abstention)*⁵⁶.

2. Régime légal

a) Fondements

74 Le droit des contrats d'édition tel qu'il se présente dans le CO est dispositif⁵⁷. Ce qui signifie que le texte de la loi ne vaut que tant que les parties contractuelles n'ont pas stipulé autre chose (concernant les clauses pouvant diverger de la loi, voir ci-après ch. marg. 106 ss.).

⁵⁵ Au sujet de l'incessibilité de droits partiels, SEEMANN, p. 245 ss.

⁵⁶ L'art. 382 CO (dispositif), par ex., statue sur les obligations de non exercice, cf. ci-après ch. marg. 87 ss.

⁵⁷ REHBINDER, Urheberrecht, ch. marg. 164 ; CR CHERPILLOD, avant art. 380–393 ch. marg. 10 ; HILTY, Verlagsvertrag, p. 565.

- 75 Les dispositions légales sont notamment applicables lorsque l'éditeur publie une œuvre à la demande de l'auteur, sans que l'éditeur et l'auteur n'aient conclu de convention juridique spécifique. Elles s'appliquent aussi quand les parties ont correspondu ou négocié à propos d'un point particulier, mais ne se sont pas mises d'accord. Si, par exemple, l'auteur demande à l'éditeur, après conclusion du contrat, s'il a le droit de déposer son œuvre dans une archive ouverte, et que l'éditeur refuse, cette interdiction de déposer n'est pas couverte par une convention entre les parties (à condition, bien sûr, que le contrat d'édition ne contienne pas de clause à cet effet). Dans ce cas, c'est la loi qui dispose du droit ou non que l'auteur a de déposer son œuvre dans une archive ouverte.
- 76 Concernant la question de la concession des droits de l'auteur à l'éditeur, le texte suivant est fondamental :

Art. 381 al. 1 CO

Le contrat transfère à l'éditeur les droits d'auteur, en tant et aussi longtemps que l'exécution de la convention l'exige.

- 77 Cet alinéa est une application de la *théorie de la finalité*, qui prévaut dans le droit d'auteur, et selon laquelle la concession de droits ne s'étend, dans le doute, qu'à ce qui sert la finalité essentielle du contrat⁵⁸. Appliqué au contrat d'édition, il signifie qu'en l'absence de clauses contractuelles contraires, seuls sont concédés les droits de reproduction et de mise en circulation⁵⁹, et ceci uniquement dans la mesure où l'exécution de la convention l'exige⁶⁰. En outre, les droits ne sont concédés que pour une durée limitée, c.-à-d. aussi longtemps que dure le lien contractuel entre les parties. Néanmoins, l'art. 381 al. 1 CO prévoit que ces droits sont transférés et pas seulement licenciés (principe toutefois relativisé par l'art. 382 al. 2 et 3 CO dans le cas des articles isolés ou de peu d'étendue, voir ci-après ch. marg. 93).

⁵⁸ CBL HILTY, art. 381 ch. marg. 4 ; REHBINDER, Urheberrecht, ch. marg. 165.

⁵⁹ Le droit de reproduction et le droit de mise en circulation sont qualifiés de « droits d'édition » : REHBINDER, Urheberrecht, ch. marg. 165 (p. 171).

⁶⁰ Le droit de reproduction pouvant, par ex., être subdivisé en droit de première édition, d'édition de poche, d'édition d'ensemble, etc. (BARRELET/EGLOFF, art. 10 ch. marg. 13), la concession des droits ne se rapporte, en vertu de la théorie de la finalité, qu'au type d'édition prévu. Par ailleurs, il ressort de l'art. 386 al. 2 CO que le droit à une publication d'ensemble n'est pas transféré à l'éditeur si les deux parties n'en ont pas expressément convenu.

- 78 Il convient cependant d'observer que le droit d'un scientifique à déposer son œuvre dans une archive ouverte ne dépend pas que des droits qu'il a transférés (cf. ci-après ch. marg. 82 ss.) mais aussi d'autres clauses éventuelles relatives à *l'exercice ou au non exercice des droits* (ch. marg. 86 ss.).
- 79 Les dispositions du CO relatives aux contrats d'édition valent-elles pour les œuvres divulguées uniquement en ligne (contrat d'édition en ligne) ? La question est âprement discutée dans les milieux d'experts⁶¹. Certes, les dispositions idoines du CO ne sont pas axées sur la publication en ligne mais sur *l'impression* d'exemplaires, puisqu'elles se réfèrent aux éditions et à un certain nombre d'exemplaires (voir art. 382 al. 1, art. 383 CO). Toutefois, il est théoriquement possible d'interpréter au sens large les dispositions du CO relatives aux contrats d'édition, et de les appliquer également aux publications en ligne.
- 80 Cette question litigieuse ne trouvera pas de réponse dans le présent cadre. En définitive, il importe peu que l'on subordonne les publications en ligne aux *dispositions du CO relatives aux contrats d'édition*, ou que l'on fabrique de toutes pièces *un contrat d'édition pour Internet*. Dans un cas comme dans l'autre, il est évident que la loi ne répond pas de manière adaptée à différentes interrogations sur la publication en ligne, de sorte qu'il faut trouver des solutions pertinentes, tout en tenant compte dans la mesure du possible des idoines du CO⁶².
- 81 En ce qui concerne l'étendue des droits concédés, la théorie de la finalité vaut également en dehors du CO, donc pas seulement pour les contrats d'édition traditionnels, mais aussi pour les contrats d'édition en ligne⁶³.

⁶¹ *Pour* : PIAGET, p. 260 s. ; HOCHREUTENER, p. 55 ; *contre* : HILTY, Verlagsvertrag, p. 583 s. ; REHBINDER, E-Book-Verlagsvertrag, p. 224 (toutefois avec des nuances) ; voir aussi la doctrine dominante dans le droit *allemand*, qui se prononce contre la subordination du contrat d'édition en ligne à la loi sur le contrat d'édition, cf. la liste des différentes positions dans SCHMAUS, p. 45 s.

⁶² En termes de méthode, il est tenu compte des dispositions du CO relatives au contrat d'édition soit en *l'appliquant directement* et en *l'interprétant si nécessaire au sens large*, soit en *l'appliquant par analogie*.

⁶³ Cf. BARRELET/EGLOFF, art. 16 ch. marg. 20 (à propos de la théorie de la finalité en général).

b) *Transfert des droits en ligne*

82 La publication en ligne d'œuvres scientifiques, par exemple dans des archives ouvertes, requiert le droit de mise en ligne (droit de reproduction, art. 10 al. 2 let. a LDA)⁶⁴ et le droit de mettre l'œuvre à disposition (art. 10 al. 2 let. c LDA)⁶⁵. Pour plus de simplicité, ces deux droits seront réunis dans le présent avis de droit sous le terme générique de *droits en ligne*.

83 Il convient dès lors de se demander quand l'auteur concède à l'éditeur les droits en ligne conformément aux dispositions de la loi, voire à la théorie de la finalité, à moins que les parties n'en conviennent autrement.

84 Trois situations se présentent :

- Les contrats d'édition traditionnels, *portant exclusivement sur des exemplaires imprimés*. Un contrat de ce type est conclu si l'auteur souhaite, par exemple, faire imprimer et distribuer un livre, ou s'il veut faire publier un article dans une revue qui ne paraît que sous forme imprimée. Il suffit à l'exécution du contrat que l'auteur cède à l'éditeur le droit de reproduction – limité à l'impression et aux travaux nécessaires à sa préparation – et le droit de divulgation. Il n'y a donc pas transfert des droits en ligne, conformément aux dispositions de l'art. 381 al. 1 CO.
- Les contrats d'édition mixtes, *portant à la fois sur des exemplaires imprimés et sur la publication en ligne*. Dans ce cas, pour que le contrat soit exécutable, il faut que l'auteur transfère aussi les droits en ligne à l'éditeur.
- Les contrats d'édition en ligne, *portant exclusivement sur la publication en ligne*. Ces contrats ne requièrent pas nécessairement que l'éditeur obtienne le droit de reproduction pour une version imprimée, ni le droit de mise en circulation. Il suffit que les droits en lignes lui soient concédés.

85 Conformément à l'art. 381 al. 1 CO, voire à la théorie de la finalité, l'étendue des droits concédés est donc déterminée par le type d'utilisation de l'œuvre dans le cas considéré. Ceci est important, en par-

⁶⁴ BARRELET/EGLOFF, art. 10 ch. mar. 12 ; BU, p. 55 ; BÜHLER, p. 157 s.

⁶⁵ BARRELET/EGLOFF, art. 10 ch. marg. 22a.

ticulier pour les contrats d'édition qui ont été conclus avant que les possibilités offertes par l'Internet ne soient connues (vers 1995). Il convient alors de partir du principe qu'il s'est toujours agi de contrats d'édition traditionnels pour lesquels aucun droit en ligne n'a été concédé, à moins que les parties n'en aient convenu autrement (au sujet de ce problème des droits d'exploitation inconnus, ci-après ch. marg. 111).

b) *Exercice des droits en ligne*

86 Si l'auteur n'a pas transféré les droits en ligne à l'éditeur, cela ne signifie pas automatiquement qu'il a le droit de les exercer lui-même, et de déposer l'œuvre, par exemple, dans une archive ouverte. Inversement, le transfert des droits en ligne n'empêche pas toujours l'interdiction à l'auteur de l'y déposer.

87 Les dispositions du CO régissant les contrats d'édition prévoient en effet des *obligations de s'abstenir et des droits d'exercice* de l'auteur qui sont valables pour l'auteur envers l'éditeur⁶⁶. La loi prévoit ce qui suit :

Art. 382 CO

¹ *Tant que les éditions que l'éditeur a le droit de faire ne sont pas épuisées, l'auteur ou ses ayants cause ne peuvent disposer à son préjudice ni de l'œuvre entière, ni d'aucune de ses parties.*

² *Les articles de journaux et les articles isolés de peu d'étendue insérés dans une revue peuvent toujours être reproduits ailleurs par l'auteur ou ses ayants cause.*

³ *Les travaux faisant partie d'une œuvre collective ou les articles de revue qui ont une certaine étendue ne peuvent être reproduits par l'auteur ou ses ayants cause avant l'expiration d'un délai de trois mois à partir du moment où la publication en a été achevée.*

88 L'art. 382 al. 1 CO régit l'obligation de s'abstenir en général. En particulier, il signifie que l'auteur ne peut publier en ligne pendant la durée du contrat, si cette action porte « préjudice » à l'éditeur. C'est valable même si l'auteur n'a pas transféré les droits en ligne à l'éditeur; dans ce cas, il dispose certes de ces droits, mais la loi lui en interdit l'exercice. Il

⁶⁶

En outre, l'auteur jouit, du fait qu'il exploite lui-même son œuvre, d'une certaine latitude d'action grâce aux limitations et exceptions, voir ci-après ch. marg. 251 ss.

s'agit en l'occurrence d'une *interdiction de faire concurrence* liée au droit des obligations, destinée à protéger l'éditeur⁶⁷.

89 Si, par exemple, l'auteur a fait imprimer et distribuer un livre, il n'a pas le droit, tant que l'édition n'est pas épuisée, de le déposer dans une archive ouverte ni de le proposer en téléchargement sur son site Internet personnel dès lors que cela pourrait porter préjudice à l'éditeur. Le préjudice potentiel est notamment fonction des coutumes et usages dans les différentes disciplines :

- Les *juristes* ont l'habitude de citer les publications en indiquant la page ; dès lors que l'auteur ne reproduit pas le PDF original de l'éditeur avec sa pagination, cela limite considérablement le préjudice potentiel. Une telle version en ligne ne pouvant être correctement citée, elle est à autoriser puisqu'elle ne fait pas concurrence à l'éditeur⁶⁸.
- En revanche, les *médecins* et les *scientifiques* ne font normalement référence à un livre qu'en en citant le titre ou un chapitre, mais sans indication de page. Dans ce cas, la clause de concurrence de l'art. 382 al. 1 CO s'applique même à une version en ligne sans formatage éditorial et sans pagination originale; elle n'est donc pas autorisée.

90 L'obligation de s'abstenir de l'art. 382 al. 1 CO est limitée par les alinéas 2 et 3 de la même disposition pour les articles de journaux, les articles isolés et les travaux faisant partie d'une œuvre collective. La loi distingue les articles courts et les articles plus longs. Selon la doctrine, l'étendue d'un article ne pouvant être considérée comme décisive, il convient d'appliquer autrement les critères de la loi. C'est ainsi qu'on fait la distinction entre les *articles en rapport avec l'actualité* et ceux *traitant un sujet de façon approfondie*⁶⁹.

⁶⁷ CBE BECKER, art. 382 ch. marg. 2. L'éditeur peut ainsi se défendre contre des exploitations pour lesquelles il n'est pas titulaire du droit d'auteur mais qui font concurrence à l'exercice de ses propres droits. De manière identique, le § 9 al. 2 de la loi *allemande* relative aux contrats d'édition (« VerlG ») accorde à l'éditeur un droit d'interdire « démesuré » – qui, en outre, et ce n'est pas le cas du texte suisse, est opposable non seulement à l'auteur mais encore à toute personne : SCHRICKER, § 9 ch. marg. 12 e.r.a. § 8 ch. marg. 9, 20 s.

⁶⁸ CBL HILTY, art. 382 ch. marg. 2.

⁶⁹ CBL HILTY, art. 382 ch. marg. 5 ; du même auteur, *Verlagsvertrag*, p. 601 ; pas d'application modifiée de la loi selon le CBE BECKER, art. 382 ch. marg. 5.

- 91 L'alinéa 2 de l'art. 382 CO permet *toujours* à l'auteur de publier ailleurs les articles en rapport avec l'actualité. L'alinéa 3 l'autorise à reproduire ailleurs un article traitant un sujet de façon approfondie à l'issue d'une période de carence de *trois mois* à partir de la date de publication. Cette publication secondaire n'est pas soumise à un format particulier ; elle peut être imprimée ou mise en ligne (par ex., dans une archive ouverte). Dans ce contexte, il importe peu que les possibilités offertes par Internet (vers 1995) aient été ou non connues au moment de la première publication.
- 92 En règle générale, les articles scientifiques appartiennent à la catégorie des sujets approfondis. Conformément à l'alinéa 3 de l'article 382 CO, l'auteur est autorisé à reproduire son article trois mois déjà après sa première publication – s'il le désire, en le déposant dans une archive ouverte. Dans certaines disciplines (comme la médecine), cette période de carence est suffisamment longue pour que l'article puisse déjà être un peu dépassé, dans d'autres (comme la théologie), l'article n'aura certainement rien perdu de sa valeur.
- 93 Ce droit d'exercer spécifié à l'alinéa 3 de l'art. 382 CO pour les articles scientifiques vaut également si le contrat d'édition se réfère à la publication en ligne, et pas seulement à celle d'exemplaires imprimés, à condition toujours que les parties n'aient pas contractuellement exclu ce droit. C'est comme si l'auteur, conformément à l'art. 381 al. 1 CO, avait transféré les droits en ligne à l'éditeur, et qu'il recevait de celui-ci par l'art. 382 al. 3 CO une licence pour les exercer. Plus simplement, et pour éviter ce va-et-vient dogmatique, on interprète en définitive la loi comme s'il s'agissait simplement d'une *licence* accordée d'emblée par l'auteur à l'éditeur, ce qui permettrait à l'auteur d'exercer son droit après expiration de la période de carence⁷⁰.
- 94 On l'a vu ci-avant (ch. marg. 79 s.), les juristes ne s'entendent pas sur la question de savoir si les dispositions du CO relatives aux contrats d'édition sont aussi applicables aux œuvres qu'il est prévu de publier uniquement en ligne. Dans ce contexte, on peut se demander si les obligations de s'abstenir et les droits d'exercer tels que réglementés par l'art.

⁷⁰ Compris dans ce sens, les alinéas 2 et 3 de l'art. 382 CO conduisent à une modification du principe du transfert (art. 381 al. 1 CO) : HILTY, *Verlagsvertrag*, 602 ; de même chez HOCHREUTENER, p. 112.

382 CO sont adaptés aux contrats d'édition en ligne. La réponse est affirmative : dans le domaine de l'Internet également, les obligations de s'abstenir permettent de protéger l'éditeur de façon adaptée contre la concurrence.

- 95 En ce qui concerne les exceptions qui s'appliquent aux articles de journaux, articles isolés et contributions à des œuvres collectives, les délais de carence (nuls ou de trois mois) sont-ils adaptés aussi à la Toile ? L'Internet ouvre un accès facile aux œuvres archivées, de sorte que l'éditeur pourrait avoir intérêt à bénéficier d'une utilisation exclusive, même au-delà du délai de carence de trois mois. Toutefois, un autre argument a davantage de poids : la péremption d'un article ou d'un reportage dépend pour l'essentiel de son contenu et non de la forme sous laquelle il est publié. Il semble donc justifié d'appliquer pareillement aux publications en lignes et aux publications imprimées les délais de carence fixés à l'art. 382 CO, sous réserve évidemment – dans ce cas particulier comme en général – d'une clause contractuelle contraire (voir ci-après ch. marg. 106 ss.).

c) *Utilisation de la version PDF de l'éditeur ?*

- 96 Si, conformément à la loi (et sauf accord contraire), l'auteur a le droit de déposer son œuvre dans une archive ouverte, peut-il le faire en utilisant la version PDF de l'éditeur ?
- 97 Outre les éléments graphiques protégés (p. ex. un logo de l'éditeur inscrit au registre des marques), que l'auteur ne peut en aucun cas utiliser sans le consentement du titulaire des droits, il convient de vérifier avant tout si la *mise en forme est protégée par la loi en tant que prestation de l'éditeur*.
- 98 La protection des prestations de tiers est réglementée par la loi contre la concurrence déloyale. Dans ce contexte, il faut partir du principe que la mise en forme par l'éditeur est publiée et ne constitue donc pas une information confidentielle, de sorte que ce ne sont pas les lettres a et b de l'art. 5 LCD⁷¹ qui sont applicables, mais la lettre c :

Art. 5 let. c LCD

⁷¹ BAUDENBACHER, art. 5 ch. marg. 30 et réf.

Agit de façon déloyale, notamment celui qui reprend grâce à des procédés techniques de reproduction et sans sacrifice correspondant le résultat de travail d'un tiers prêt à être mis sur le marché et l'exploite comme tel.

- 99 La version PDF de l'éditeur est effectivement un « résultat de travail prêt à être mis sur le marché »⁷², qui peut être exploité par le biais d'un « procédé de reproduction technique », à savoir par l'auteur au moyen de la reproduction du fichier d'ordinateur. Il s'agit donc de savoir si l'auteur agit « sans sacrifice correspondant », dans le sens de l'art. 5 let. c LCD, le travail de l'auteur devant être mis en rapport avec celui de l'éditeur⁷³.
- 100 Si l'on ne considérait que la fabrication de la mise en forme, on pourrait conclure que l'auteur n'effectue pas un travail correspondant, puisqu'il peut générer la copie de la version PDF de l'éditeur sans aucun travail⁷⁴, tandis que la mise en forme (à condition qu'elle n'ait pas été réalisée par l'auteur) peut avoir demandé à l'éditeur un travail assez considérable.
- 101 Toutefois, un point de vue aussi restrictif n'est pas adapté à la situation. En effet, il convient aussi de tenir compte de deux aspects. D'une part, la version PDF de l'éditeur n'est pas que le résultat de la mise en forme mais, pour l'essentiel, elle est constituée du contenu de la publication ; celui-ci n'a pas été créé par l'éditeur mais par l'auteur (même si un contrôle a pu contribuer à en améliorer la qualité). D'autre part, il est courant que l'auteur mette déjà son texte en forme, dans certains cas en suivant les indications de l'éditeur. Si l'on tient compte de ces aspects, il ne peut être question d'une reprise abusive du résultat du travail effectué par l'éditeur.
- 102 Néanmoins, il subsiste une incertitude juridique dans la mesure où la pratique n'est ni claire ni bien ancrée. Par ailleurs, il serait réducteur de ne se fonder en la matière que sur le droit national, l'art. 5 let. c LCD étant unique dans sa conception ; si une législation étrangère devait être appliquée, il se pourrait que d'autres aspects entrent en ligne de compte.

⁷² Selon le Tribunal fédéral, il n'est pas nécessaire de préciser la hauteur de la prestation, comme cela se fait, par ex., pour la protection du droit d'auteur : TF sic! 1999, p. 300 ss. C. 2b.

⁷³ Botschaft, Fs. 1983, p. 1071.

⁷⁴ Cf. BAUDENBACHER, art. 5 ch. marg. 56, le travail devant être effectué pour la copie des données est si mince qu'il ne peut être comparé à celui du producteur.

Dans une telle situation, il ne peut être totalement exclu qu'un tribunal se focalise sur la question de la mise en forme et interdise à l'auteur de reprendre la version PDF de l'éditeur. Quoi qu'il en soit, du point de vue suisse, l'éditeur ne peut invoquer l'art. 5 let. c LCD s'il a d'ores et déjà amorti ses frais (de mise en forme)⁷⁵, si, par exemple, la version PDF n'est utilisée qu'après échéance d'un délai de carence, alors qu'il a déjà pu couvrir ses frais d'édition.

e) *Résultat*

103 Les dispositions du CO régissant les contrats d'édition ne s'appliquent que si les parties n'en ont pas décidé autrement. Le transfert de droits de l'auteur à l'éditeur obéit au principe selon lequel seuls les droits nécessaires à l'exécution du contrat sont transférés (art. 381 al. 1 CO, théorie de la finalité).

104 L'auteur a-t-il le droit de déposer son œuvre scientifique dans une archive ouverte ? En définitive, ce n'est pas la question du transfert des droits qui est déterminante (cf. art. 381 al. 1 CO), mais celle des obligations d'abstention et des droits d'exercice fixés à l'art. 382 CO. Il en résulte ce qui suit :

- *Les articles scientifiques* (pour autant qu'il traitent un sujet de manière approfondie) peuvent être publiés ailleurs, donc aussi dans une archive ouverte, après expiration d'un délai de trois mois à partir du moment où la publication a été achevée (art. 382 al. 3 CO).
- *Les articles en rapport avec l'actualité* peuvent toujours, donc sans délai de carence, être reproduits ailleurs par l'auteur (ou ses ayants cause), par exemple dans une archive ouverte (art. 382 al. 2 CO).
- *Les autres œuvres*, notamment les monographies et les manuels, ne peuvent être publiées ailleurs par l'auteur au préjudice de l'éditeur tant que l'édition n'est pas épuisée. Pendant cette durée, le dépôt dans une archive ouverte n'est donc pas autorisé, sauf si la version déposée ne peut faire l'objet de citations correctes (les conditions variant d'une discipline à l'autre), de sorte que cette version ne puisse véritablement faire concurrence à la publication de l'éditeur (art. 382 al. 1 CO).

⁷⁵

Le calcul des dépenses doit tenir compte de l'amortissement : TF 4A_404/2007 C. 4.3.

- 105 Si, en vertu des dispositions de la loi, l'auteur a le droit de déposer son œuvre dans une archive ouverte, il peut à notre avis utiliser la version PDF de l'éditeur. Il faut toutefois noter qu'il n'existe pas de jurisprudence établie en la matière et qu'un risque subsiste : un tribunal pourrait alléguer l'alinéa c de l'art. 5 LCD pour en décider autrement.

3. *Régime contractuel*

a) *Fondements*

- 106 Les dispositions du CO régissant les contrats d'édition ne comportent pas de normes contraignantes ; par ailleurs, la majorité des dispositions de la LDA relatives aux contrats ne sont pas non plus impératives (voir ci-avant ch. marg. 26). En règle générale, les contrats d'édition n'enfreignent pas les dispositions contraignantes du droit sur la concurrence (à ce sujet, voir ci-après ch. marg. 218 ss.).

- 107 En conséquence, les parties peuvent *définir en toute liberté* leurs rapports contractuels et l'application de CGV. Plus particulièrement, elles sont libres de déroger aux règles dispositives de la loi. C'est ainsi que très souvent, il est prévu dans les contrats un transfert d'un grand nombre sinon de tous les droits d'auteur à l'éditeur⁷⁶.

- 108 Si les parties sont convenues d'un transfert de droits, cette convention prime non seulement sur l'article dispositif 381 al. 1 CO concernant le transfert des droits, mais encore, le cas échéant, sur cet autre article dispositif qu'est le 382 CO concernant les obligations de s'abstenir et les droits d'exercice de l'auteur. En effet, si les parties se sont entendues sur le transfert des droits sans prévoir d'obligations de réserve ni de droits d'exercice particuliers, il est probable qu'elles ne voulaient pas statuer sur ces droits et devoirs. Dans ce cas, l'art. 382 CO ne s'applique pas.

b) *Droits en ligne*

- 109 Dans le contrat d'édition, le transfert des droits en ligne (au sujet de cette notion, voir ci-avant ch. marg. 82) peut être explicite ou implicite. Si, par exemple, « tous les droits sur l'œuvre » ou « tous les droits d'auteur »

⁷⁶ Voir par ex. CR CHERPILLOD, av. art. 380–393 ch. marg. 11 ; de même (pour l'Allemagne) DORSCHER, p. 239 s., qui fait aussi référence à la pratique de certaines maisons d'édition qui permettent à leur auteur d'accéder à la « voie verte » (ci-avant ch. marg. 12 ss.) comme stratégie Open Access.

sont transférés, les droits en ligne sont compris. Si le contrat d'édition ne s'exprime pas clairement sur l'étendue des droits accordés, prévoyant simplement le transfert « du droit d'auteur », la finalité du contrat permettra de déterminer si le transfert inclut les droits en ligne (voir ci-avant, ch. marg. 82 ss.).

110 En revanche, s'il est question du transfert ou de la licence des seuls « droits d'édition », voire du « droit de reproduction et de mise en circulation », il est clair que ceux-ci n'incluent pas, en tous cas pas complètement les droits en ligne (notamment, ils ne couvrent pas le droit de mise à disposition, art. 10 al. 2 let. c LDA). Il n'en sera autrement que s'il ressort du contexte, par exemple de négociations préalables, que ces droits doivent permettre, dans un cas concret, une exploitation en ligne. Les termes du contrat doivent alors être interprétés de façon suffisamment large.

111 Même les contrats conclus avant que les possibilités d'Internet n'aient été connues (vers 1995) peuvent implicitement prévoir la concession de droits en ligne. L'interprétation des termes du contrat sera déterminante. Les formules comme « tous les droits d'auteur » ou « les droits d'exploitation encore inconnus » couvrent les droits en ligne tels qu'on les connaît aujourd'hui. Le droit suisse ignore l'interdiction de concéder des droits inconnus⁷⁷.

112 L'auteur qui a transféré les droits en ligne à l'éditeur ou qui lui a concédé une licence exclusive sur ces droits ne peut déposer les œuvres concernées dans une archive ouverte, sauf autorisation spéciale de l'éditeur.

113 Au contraire, en absence d'un transfert des droits en ligne à l'éditeur, ou si ces droits ne font l'objet que d'une licence non exclusive, l'auteur peut déposer l'œuvre dans une archive ouverte – à moins qu'une clause de non-concurrence l'interdise.

c) *Sites Internet personnels*

114 Les contrats d'édition et les CGV d'éditeurs peuvent autoriser l'auteur à publier son œuvre sur son site Internet personnel. Une réglementation de ce type est licite car elle se situe dans le cadre de la liberté de contracter.

⁷⁷ DE WERRA, art. 16 ch. marg. 28 ; BARRELET/EGLOFF, art. 16 ch. marg. 9. Le § 31 al. 4 de la loi allemande sur le droit d'auteur comportait jusque récemment une telle interdiction, qui a été abrogée pour les contrats conclus à compter du 1^{er} janvier 2008.

- 115 La notion de site Internet personnel ne se limite pas à une plate-forme que l'auteur exploiterait à des fins privées. Un site Internet institutionnel (dans le cadre d'une université ou d'une institution de recherche) dédié à l'auteur, est assimilé à un site personnel. Le fait que ce site se situe dans un contexte institutionnel n'y change rien.
- 116 S'il est manifeste que l'autorisation ne se réfère qu'à la publication sur le site personnel de l'auteur, elle ne s'étend pas à l'archive ouverte de l'université où l'auteur est employé. Une telle interprétation irait trop loin. En revanche, rien n'empêche l'exploitant de l'archive ouverte de placer un hyperlien vers le site Internet personnel de l'auteur et, partant, vers l'œuvre qui y est disponible (voir ci-après ch. marg. 176 ss.).
- 117 Il peut être plus délicat d'interpréter un contrat d'édition prévoyant la publication sur le « site Internet de l'employeur ». Il convient en effet d'examiner au cas par cas si la formule peut couvrir aussi une archive ouverte exploitée par l'employeur (comme une université), ou si la publication est seulement réputée autorisée sur le site personnel de l'auteur dans le cadre d'un site Internet exploité par l'employeur (voir le précédent ch. marg. 115). Si le contrat d'édition distingue entre le site Internet de l'employeur d'une part et une archive ouverte d'autre part⁷⁸, il convient d'en conclure que l'autorisation de publier l'œuvre sur le site Internet de l'employeur n'englobe pas le dépôt dans une archive ouverte.

d) *Version de l'auteur, version PDF de l'éditeur*

- 118 Sont également conformes à la liberté de contracter les contrats d'édition et les CGV qui font la distinction entre la version PDF publiée par l'éditeur et le manuscrit accepté par l'éditeur (version finale de l'auteur), et prévoient que seul le manuscrit accepté, mais non la version PDF, peut être déposé par l'auteur dans une archive ouverte.
- 119 La loi sur le droit d'auteur n'entrave pas ce genre de clauses contractuelles. Premièrement, le droit de l'auteur sur une œuvre couvre tant la forme de la version PDF de l'éditeur que celle du manuscrit (voir ci-avant ch. marg. 18), de sorte que le titulaire du droit d'auteur peut autoriser un type d'exploitation et interdire l'autre. Deuxièmement, à condition que l'auteur

⁷⁸ Ainsi, dans les contrats d'édition pour ses différentes revues, l'American Society for Microbiology distingue entre « institutional repositories » et « personal or employer websites » (« ASM Journals Statement of Authors' Rights », http://journals.asm.org/misc/ASM_Author_Statement.dtl).

l'accepte, il peut être stipulé qu'il n'a le droit de déposer dans une archive ouverte que le manuscrit, indépendamment de la question de titularité.

120 Sur le plan du droit, un règlement de ce type peut signifier deux choses, selon la personne qui dispose des droits en ligne :

- Si l'auteur, par le biais du contrat d'édition, transfère les droits en ligne, l'éditeur devient titulaire de ces droits. Si l'éditeur autorise l'auteur à déposer parallèlement le manuscrit accepté dans une archive ouverte, il s'agit d'une *licence* (non exclusive) au bénéfice de l'auteur.
- Si le contrat d'édition ne prévoit pas de transfert des droits en ligne, ceux-ci restent propriété de l'auteur qui peut déposer son œuvre dans une archive ouverte. Toutefois, s'il est stipulé dans le contrat d'édition que l'auteur ne peut déposer son œuvre que sous la forme du manuscrit accepté, il s'agit d'une *obligation (contractuelle) de l'auteur de s'abstenir* d'utiliser la version PDF de l'éditeur – autrement dit, l'auteur est donc limité par une convention dans l'exercice de ses droits en ligne.

121 L'éditeur est cependant libre d'autoriser explicitement l'auteur à exploiter la version PDF de l'éditeur. Il peut aussi énoncer des conditions en spécifiant, par exemple, que l'auteur ne peut déposer la version PDF qu'en l'absence du logo de l'éditeur et de la pagination originale.

122 Si les parties n'ont *pas réglementé* l'utilisation de la version PDF de l'éditeur et si le texte du contrat – ou à défaut celui de la loi (en application de l'art. 382 al. 2 et 3 CO, voir ci-avant ch. marg. 90 ss.) – porte à croire que l'auteur a le droit de déposer son œuvre dans une archive ouverte, il peut, selon les auteurs du présent avis de droit, utiliser la version PDF de l'éditeur. Toutefois, il ne peut être totalement exclu qu'un tribunal en décide autrement, en application de l'art. 5 let. c LCD (ci-avant ch. marg. 96 ss.).

e) *Autres réglementations*

123 Il existe d'autres manières de réglementer l'utilisation de l'œuvre par l'auteur⁷⁹. Il est courant de fixer un délai de carence pour protéger

⁷⁹ Voir la liste des éditeurs et leurs usages en matière d'Open Access sous www.sherpa.ac.uk/romeo.php

l'éditeur, à l'échéance duquel l'œuvre peut être utilisée ailleurs. Si le dépôt dans une archive ouverte est contractuellement accordé à l'auteur, sans délai de carence (ni interdiction de concurrence équivalente), il n'y a aucune carence à respecter ; en effet, les parties peuvent déroger aux dispositions de l'art. 382 CO.

124 Lorsque l'œuvre est utilisée ailleurs par son auteur, certains contrats d'édition exigent la présence d'un *hyperlien* renvoyant vers le site Internet de l'éditeur ou de la revue où l'œuvre a été publiée.

125 D'autres encore prévoient que l'œuvre peut être mise en ligne, mais seulement si elle n'est accessible qu'à un *cercle limité de personnes*. C'est possible si elle est déposée dans un espace protégé par un mot de passe. Une autre manière de limiter le cercle des lecteurs consiste à ne pas rendre l'œuvre librement accessible sur Internet : il est donné aux personnes intéressées la possibilité de s'adresser à l'auteur pour lui demander de leur envoyer l'œuvre par courriel (fonction « copie sur demande », voir ci-après ch. marg. 179 ss.).

f) Résultat

126 Fondamentalement, les parties au contrat d'édition peuvent définir en toute liberté leurs rapports contractuels et l'application de CGV. Si elles ont réglé leur relation, les conventions passées priment sur les règles dispositives de la loi.

127 La convention des parties relative aux droits en ligne peut être explicite ou implicite. Il peut ressortir de contrats conclus avant connaissance des possibilités offertes par l'Internet (vers 1995) qu'un transfert à l'éditeur des droits en ligne est admis. Le droit d'auteur suisse n'interdit pas d'accorder des droits pour les types d'exploitation inconnus.

128 Les clauses contractuelles selon lesquelles l'auteur peut publier son œuvre sur son site Internet personnel, mais pas ailleurs en ligne, sont licites. Il en va de même des conventions autorisant l'auteur à ne publier en ligne que le manuscrit, mais pas la version PDF de l'éditeur.

129 Selon le présent avis de droit, l'auteur autorisé à publier son œuvre ailleurs peut utiliser, sauf convention contraire, la version PDF de l'éditeur, voire le texte tel que mis en forme par l'éditeur, même si ce dernier n'y a pas explicitement consenti. Toutefois, en l'absence d'une jurisprudence

consolidée, il ne peut être exclu qu'un tribunal en décide autrement en application de l'art. 5 let. c LCD.

4. *Modèle de clause type*

130 Dans un contrat d'édition, une clause type qui tient compte de la philosophie de l'Open Access, et comporte une disposition en faveur de l'auteur, affecte nécessairement les intérêts de l'éditeur relatifs à l'exercice paisible de ses droits sur l'œuvre.

131 Du point de vue de l'auteur, l'idéal serait qu'il n'ait même pas à transférer un quelconque droit à l'éditeur (droits en ligne notamment)⁸⁰, mais seulement des licences non exclusives. Cela lui permettrait, à condition que le contrat ne prévoie pas de clause de non concurrence, de déposer l'œuvre dans une archive ouverte, ou de la rendre publique ailleurs. Cela dit, ne soyons pas naïfs, il est peu probable que l'éditeur souscrive à ce genre de desiderata.

132 Il est plus réaliste de s'attendre à ce que l'éditeur profite du pouvoir économique qui est le sien sur le marché et qu'il exige les droits d'auteur sans faire de concessions risquant de trop grever son chiffre d'affaires. Pour que l'auteur ait le droit de déposer dans une archive ouverte, il est proposé ci-après de compléter le contrat d'éditeur par une convention prévoyant, en faveur de l'auteur, une *licence* ne devant prendre effet qu'après expiration d'un *délai de carence*. Le dépôt différé dans les archives ouvertes est déjà largement pratiqué par un certain nombre d'éditeurs⁸¹.

⁸⁰ En ce sens, le ch. 4 du modèle d'« addenda » de SPARC (cf. ci-avant nbp. 40) prévoit que les droits de l'auteur lui soient largement conservés. Selon cette proposition, l'auteur garde notamment « the rights to reproduce, to distribute, to publicly perform, and to publicly display the Article in any medium for non-commercial purposes ». À propos de cette clause du point de vue du droit allemand, cf. MANTZ, Open Access, p. 100 s.

Le projet Creative Commons « Open Access Law: Publication Agreement » de *Science Commons* prévoit également que l'auteur conserve ses droits au ch. 1 let. b : <http://sciencecommons.org/projects/publishing/oalaw/oalawpublication>.

La proposition d'une « Licence to publish », plus différenciée, est le fruit d'une *coopération entre le JISC britannique (Joint Information Systems Committee) et la SURFfoundation néerlandaise*, qui prévoit une licence exclusive (« sole licence ») en faveur de l'éditeur mais en laissant à l'auteur l'usage des droits nécessaires à l'utilisation de l'Open Access (clauses 2 et 3) :

http://copyrighttoolbox.surf.nl/copyrighttoolbox/download/licence_to_publish.pdf

⁸¹ Cf. liste sous www.sherpa.ac.uk/romeo.php.

- 133 Il ne paraîtrait pas exagéré de fixer le délai de carence à trois mois : c'est ce qui est déjà prévu dans les dispositions du CO régissant le contrat d'édition (qui n'est pas contraignant) à propos des articles de revue d'une certaine étendue, et des travaux faisant partie d'une œuvre collective (art. 382 al. 3 CO). Pour encourager les éditeurs à accepter une convention de ce type, le présent avis de droit propose de fixer le délai de carence à six mois.
- 134 L'éditeur sera moins enclin à accepter le dépôt de livres entiers (monographies, manuels). Lui proposer un délai de carence de trois ans peut être considéré comme bienvenu ; tous ces délais sont bien entendu librement négociables.
- 135 Les éditeurs utilisent généralement des contrats-types ; il est peu probable qu'ils acceptent d'en changer. C'est pourquoi il est proposé ci-après une convention séparée (à moins que le contrat d'édition ne l'exclue explicitement). Pour garantir la validité de cet ajout, il ne suffit pas de l'envoyer à la maison d'édition, il faut aussi que l'auteur demande à l'éditeur d'indiquer son consentement exprès (pour plus de précisions, voir ci-avant ch. marg. 56 ss.).
- 136 Une convention standard répondant à ce qui précède pourrait être formulée de la façon suivante :

Ajout au contrat d'édition

Les parties conviennent d'ajouter la présente convention complétant le contrat d'édition qu'elles ont conclu entre elles. En cas d'incompatibilité des clauses, les présentes l'emportent sur celles du contrat d'édition.

L'auteur ou ses ayants cause est autorisé à mettre son article à la disposition du public à expiration d'un délai de six mois après achèvement de la publication (pour un livre : à expiration d'un délai de trois ans) en le déposant sur le réseau interne d'organismes de formation et de recherche, dans des archives institutionnelles, ainsi que sur son site Internet personnel, ou donner procuration à des tiers pour ce faire.

Si l'éditeur transfère à un tiers les droits qu'il détient dans l'œuvre de l'auteur, il s'engage à ce que ledit tiers respecte les clauses des présentes.

- 137 Il existe une autre stratégie, également en usage chez certains éditeurs⁸², qui consiste à ne pas fixer de délai de carence, mais à prévoir que l'auteur sera autorisé à mettre son œuvre à disposition du public, non pas sous forme de version PDF de l'éditeur, mais uniquement sous forme de *fichier auteur* (sans logo de l'éditeur ni pagination originale).

V. Œuvres collectives

- 138 Si une œuvre a été créée par plusieurs personnes, il convient d'abord d'établir qui, parmi elles, est *coauteur au sens juridique*. Pour être considéré comme coauteur, il faut avoir concouru à la création concrète de l'œuvre. Pour les œuvres scientifiques, il ne suffit pas que la personne soit seulement responsable du contenu, sans avoir collaboré concrètement à l'œuvre ; de même, le fait de travailler sur la mise en forme, de participer à des travaux annexes ou préparatoires ne confèrent pas la qualité d'auteur (pour plus de précisions, voir ci-avant ch. marg. 44 ss.).
- 139 Dès lors que le cercle des coauteurs d'une œuvre est établi, il convient de se demander si un *contrat d'édition* est conclu, ou si l'on s'est entendu sur des CGV. En général, une convention sur l'utilisation d'œuvres protégées par le droit d'auteur n'est valide que si *tous les coauteurs l'ont approuvée d'un commun accord*. Toutefois, l'accord ne peut être refusé pour des motifs contraires aux règles de la bonne foi (art. 7 al. 2 LDA). Autrement dit, la publication d'une œuvre ne peut être bloquée par l'un ou l'autre des coauteurs si ceux-ci ne peuvent faire valoir de motifs réels suffisamment importants. Il est de principe que les coauteurs d'une œuvre en autorisent la publication selon les usages courants dans la discipline concernée⁸³.
- 140 Cette approbation de tous les coauteurs n'autorise qu'une seule exception : les coauteurs peuvent s'entendre sur une modalité différente, et désigner l'un d'entre eux (ou plusieurs d'entre eux) comme ayant qualité pour donner accord (art. 7 al. 2 LDA). Dans ce cas, un contrat d'édition peut être valablement conclu sans le consentement de tous.
- 141 Dès lors qu'un contrat d'édition a été conclu, ou que les CGV de l'éditeur ont été approuvées, les principes régissant le dépôt de l'œuvre dans une

⁸² Cf. Aussi la liste sous www.sherpa.ac.uk/romeo.php.

⁸³ BARRELET/EGLOFF, art. 7 ch. marg. 10 ; VON BÜREN/MEER, p. 158.

archive ouverte, parallèlement à la publication par l'éditeur, sont les mêmes que pour les œuvres créées par un seul auteur (plus amplement traité ci-avant aux ch. marg. 65 ss., 74 ss. et 106 ss.).

- 142 S'il ressort du contrat d'édition qu'un dépôt de l'œuvre dans une archive ouverte est autorisé, le dépôt lui-même nécessite l'accord de tous les coauteurs, à moins qu'ils ne se soient entendus, sur ce point également, pour que l'accord de l'un d'entre eux (ou de plusieurs) suffise (art. 7 al. 2 LDA).

VI. Contexte international

1. *Compétence juridique*

a) *Dans l'espace couvert par la Convention de Lugano*

- 143 Tout ce qui a été présenté ci-avant concernait le droit suisse. Dans un contexte international, il est possible que le droit applicable soit celui d'un autre État.

- 144 Il convient avant tout d'établir si un tribunal suisse est compétent. Dans les rapports de droit avec la plupart des pays européens, la compétence doit être examinée à la lumière de la Convention de Lugano (CL)⁸⁴, qui prime sur la LDIP (art. 1 al. 2 LDIP). La Convention de Lugano a été révisée et sa version modifiée (ci-après CLR) entrera en vigueur en Suisse au plus tôt le 1^{er} janvier 2011).

- 145 Les parties sont libres de convenir de la *juridiction compétente*. Dans ce cas, le tribunal désigné est exclusivement compétent, pour autant que la clause idoine respecte les dispositions de l'art. 17 CL/CLR.

- 146 Si les parties *n'ont pas convenu d'un tribunal* compétent, c'est le principe de l'art. 2 al. 1 CL/CLR qui prévaut, selon lequel la juridiction compétente est celle de l'Etat où le défendeur réside ou a son siège. Si, par exemple, un éditeur poursuit l'auteur en justice, le tribunal compétent sera, en vertu de l'art. 2 al. 1 CL/CLR, un tribunal suisse si l'auteur est domicilié en Suisse ; en l'occurrence, il est indifférent que le siège de la maison d'édition se trouve en Suisse ou à l'étranger.

⁸⁴ Les États parties à la Convention sont actuellement l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, la Finlande, la France, la Grèce, la Grande-Bretagne, l'Irlande, l'Islande, l'Italie, le Luxembourg, la Norvège, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, la Suède, et la Suisse.

147 Lorsqu'un auteur domicilié à l'étranger (dans un pays ayant adhéré à la Convention de Lugano) est poursuivi, il se peut, selon les circonstances, qu'un tribunal suisse soit compétent en vertu de l'art. 5 CL/CLR. La question ne sera pas approfondie dans le présent avis de droit. Deux cas d'application sont présentés à titre d'exemples :

- En matière contractuelle, est compétent en vertu de l'art. 5 point 1 CL/CLR le tribunal du lieu où *l'obligation contractuelle doit être exécutée*. En revanche, s'il s'agit de l'application d'obligations contractuelles de s'abstenir, sans désignation d'un État particulier (si, par ex., l'auteur s'engage contractuellement et de manière générale à ne pas déposer son œuvre), le tribunal compétent n'est pas précisé en vertu de l'interprétation jurisprudentielle de l'art. 5 point 1 CL/CLR⁸⁵.
- Un auteur ayant sa résidence habituelle à l'étranger peut également être poursuivi en Suisse en application de l'art. 5 point 3 CL/CLR, qui se réfère aux violations du droit d'auteur⁸⁶ : le tribunal compétent est *celui du lieu où le fait dommageable s'est produit ou du lieu d'exécution*⁸⁷, et pourrait donc être en Suisse si l'infraction aux droits d'auteur concerne la publication d'une œuvre dans une archive ouverte suisse. S'il est possible d'accéder au dépôt dans un autre État, celui-ci peut (aussi) être considéré comme le lieu d'exécution, de sorte qu'un autre tribunal peut également être considéré comme compétent ; il ne suffit pas que l'infraction soit commise en Suisse pour échapper à un procès à l'étranger. Le principe de la compétence du lieu de l'acte répréhensible est applicable même avant de savoir si le contrat autorisait l'utilisation de l'œuvre mise en cause⁸⁸, par ex. si le contrat permettait ou non à l'auteur de déposer son œuvre dans une archive ouverte.

b) *Hors de l'espace Lugano*

148 Pour les rapports de droit internationaux qui n'entrent pas dans le champ d'application de la Convention de Lugano, la loi fédérale sur le droit inter-

⁸⁵ Arrêt CJCE du 19 février 2002 dans l'affaire C-256/00, ch. marg. 21 ss.

⁸⁶ OBERHAMMER, art. 5 ch. marg. 130 ; CB JEGHER, art. 109 ch. marg. 30.

⁸⁷ Arrêt CJCE du 30 novembre 1976 dans l'affaire 21-76 ; OBERHAMMER, art. 5 ch. marg. 133.

⁸⁸ KROPHOLLER, p. 152, à propos de la disposition quasi identique de l'art. 5 point 3 du Règlement CE n° 44/2001.

national privé (LDIP) s'applique. En vertu de l'art. 5 LDIP, les *parties peuvent convenir d'un tribunal compétent* si la loi ne s'y oppose pas.

149 *En absence d'une élection de for* – de manière similaire à ce qui est prévu dans l'espace Lugano – le tribunal compétent est celui du domicile du défendeur ; si celui-ci ne réside pas en Suisse, ce sera le tribunal de son lieu de résidence habituelle⁸⁹, et ceci vaut autant pour les actions découlant d'un contrat (art. 112 al. 1 LDIP) que pour celles portant sur la propriété intellectuelle (art. 109 al. 2 phrase 1 LDIP). Si l'éditeur poursuit l'auteur, un tribunal suisse est compétent si le domicile ou la résidence habituelle de l'auteur est en Suisse. Le siège ou l'établissement de l'éditeur est sans importance.

150 Si l'auteur poursuivi a sa résidence habituelle à l'étranger, deux aspects sont à considérer pour qu'un tribunal suisse puisse être saisi :

- Il est possible d'élire le for en matière de droit contractuel sur le *lieu d'exécution*, autrement dit le lieu en Suisse où la prestation doit être exécutée (art. 113 LDIP). En revanche, les juristes et la jurisprudence restent flous en ce qui concerne les obligations de s'abstenir lorsqu'aucun lieu d'exécution n'a été défini⁹⁰. Si l'auteur s'engage à ne pas déposer de publications dans des archives ouvertes, cela signifie-t-il qu'un tribunal suisse soit compétent en application de l'art. 113 LDIP ? La question reste en suspens.
- Comme la Convention de Lugano, la LDIP prévoit, en matière d'infractions au droit de la propriété intellectuelle, la compétence des tribunaux du *lieu de l'acte ou du résultat* (art. 109 al. 2 phrase 2 LDIP). Il faut donc, ici aussi, tenir compte du risque d'être poursuivi également dans les États où les actes d'infraction ont effet, notamment du fait de l'accessibilité des contenus Internet.

⁸⁹ Une personne physique « a sa résidence habituelle dans l'Etat dans lequel elle vit pendant une certaine durée, même si cette durée est de prime abord limitée » (art. 20 al. 1 let. b LDIP).

⁹⁰ Le CZ KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, art. 113 ch. marg. 16 ss. ne prend pas position ; le CB AMSTUTZ/VOGT/WANG, art. 113 ch. marg. 9 évoque l'obligation de s'abstenir, mais ne débat pas du problème des obligations de ne pas faire sans mention des États, qui s'appliquent de ce fait « partout dans le monde ».

2. *Droit applicable*

151 Si un tribunal suisse est compétent, il statue en vertu de la LDIP si un régime juridique suisse ou étranger est applicable à l'affaire (si le tribunal compétent est celui d'un État l'étranger, il décide du droit applicable en vertu des règles de cet État sur le conflit de lois). Lorsqu'un éditeur poursuit un auteur parce que celui-ci a déposé son œuvre dans une archive ouverte, il convient de faire une distinction : l'action se fonde-t-elle sur le droit de la propriété intellectuelle ou sur le droit des contrats ?

a) *Droit des contrats*

152 Lorsque l'éditeur saisit la justice, il est fréquent que des questions de *droit contractuel* soient mises en avant ; le droit applicable est alors régi par les art. 116 ss. LDIP. Ces dispositions concernent notamment *la formation, le contenu, l'effet et la fin du contrat*⁹¹. Elles sont déterminantes aussi lorsqu'il s'agit d'interpréter le contrat pour en définir le contenu (pour savoir, par ex., si l'auteur est autorisé à exercer les droits en ligne sur son œuvre).

153 Les parties au contrat d'édition peuvent *élire un droit applicable* pourvu qu'il satisfasse aux conditions de l'art. 116 LDIP.

154 À *défaut d'élection de droit*, les contrats d'édition sont régis en vertu de l'art. 117 LDIP. Conformément à la doctrine dominante, l'art. 122 LDIP intitulé « Contrats en matière de propriété intellectuelle » n'est pas appliqué aux contrats d'édition, bien que ceux-ci aient le plus souvent pour objet des droits de propriété intellectuelle (droits d'auteur)⁹².

155 La doctrine dominante relie le droit applicable à la *prestation caractéristique* (art. 117 al. 2 LDIP) qui doit être fournie conformément au contrat d'édition, à savoir la reproduction et la mise à disposition de l'œuvre par l'éditeur. Le droit applicable est donc celui de *l'État où se trouve l'établissement de l'éditeur*⁹³.

⁹¹ CZ VISCHER, art. 122 ch. marg. 11 ; CB JEGHER/VASELLA, art. 122 ch. marg. 13.

⁹² HILTY, Verlagsvertrag, p. 570 ; CR CHERPILLOD, avant art. 380 ch. marg. 14 nbp. 29 ; même résultat dans le CZ VISCHER, art. 122 ch. marg. 24, selon lequel « une correction est à apporter à l'art. 122 via l'art. 117 LDIP ».

⁹³ CZ KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, art. 117 ch. marg. 89, 133 ; CZ VISCHER, art. 122 ch. marg. 24 ; HILTY, Verlagsvertrag, p. 568 ; CR CHERPILLOD, avant art. 380 ch. marg. 14 ; en revanche, le CB AMSTUTZ/VOGT/WANG, art. 117 ch. marg. 45 relie le droit applicable au dédommagement, prévu ou non, de l'éditeur au cédant.

156 Autrement dit, ce n'est pas le domicile ou lieu de résidence habituelle de l'auteur qui importe. Si, par ex., des coauteurs originaires de différents États concluent un contrat d'édition avec un éditeur dont le siège est en Suisse, le droit suisse est applicable. Inversement, si l'éditeur est à l'étranger, ce sera le droit de cet autre État qui sera applicable.

b) *Droit de la propriété intellectuelle*

157 Si le tribunal doit statuer sur des questions qui ne se réfèrent pas au contrat mais au *droit d'auteur en tant que tel*, l'art. 110 LDIP s'applique. Cette disposition régit le droit applicable notamment lorsque l'affaire concerne *la création de l'œuvre, le contenu, les exceptions, la cessibilité et le délai de protection du droit d'auteur*⁹⁴.

158 En vertu de l'art. 110 al. 1 LDIP, les questions de propriété intellectuelle sont régies par le droit de l'État « pour lequel la protection des droits de la propriété intellectuelle est revendiquée ». Ce principe de la *lex loci protectionis* dérive du principe de territorialité et équivaut à dire qu'il n'existe pas de protection homogène d'une œuvre à l'échelle mondiale, mais que celle-ci est soumise à une multitude de législations nationales parallèles⁹⁵.

159 Inversement, établir que le droit applicable est celui de l'État où la protection est revendiquée signifie que le siège de l'éditeur n'est pas déterminant – or on se souvient qu'il en allait autrement dans les questions de droit des contrats (voir ci-avant ch. marg. 155). Est également indifférent le domicile ou le lieu de résidence de l'auteur, voire des coauteurs.

160 Il n'est possible de *déroger au principe de la lex loci protectionis* que dans les limites étroites de l'art. 110 al. 2 LDIP : premièrement l'élection du droit applicable ne peut avoir lieu qu'après la survenance de l'événement dommageable, et deuxièmement seul le droit du for est éligible (ce qui ne sert à rien si ce droit devient applicable du seul fait de la *lex loci protectionis*⁹⁶).

⁹⁴ CB JEGHER/VASELLA, art. 122 ch. marg. 13 ; HILTY, Verlagsvertrag, p. 571.

⁹⁵ CZ TROLLER, remarque préliminaire art. 380–393 ch. marg. 42 ; BÄR, p. 136 ss. ; REHBINDER, Urheberrecht, ch. marg. 218 (très clair : « Bündel nationaler Urheberrechte »), ch. marg. 220.

⁹⁶ CB JEGHER, art. 110 ch. marg. 29.

- 161 Dès lors que des œuvres sont mises en circulation sur Internet, il peut y avoir *infraction aux lois de différents États*. Il faut donc commencer par déterminer dans quel État l'infraction présumée au droit d'auteur a été commise avant de savoir quelle est la loi applicable. La mise en ligne d'œuvres sur Internet (reproduction au sens de l'art. 10 al. 2 let. a LDA) est réalisée sur le lieu du serveur sur lequel l'œuvre est copiée⁹⁷.
- 162 Si un éditeur veut obtenir qu'un auteur retire l'œuvre qu'il a déposée dans une archive ouverte suisse (donc sur un serveur localisé en Suisse), il intente une action en cessation (art. 62 al. 1 let. b LDA). L'infraction au droit d'auteur, que l'éditeur veut faire cesser, a lieu en Suisse. En vertu de la *lex loci protectionis*, le *droit suisse* est applicable – pour autant que les questions traitées relèvent du droit d'auteur et non du droit contractuel.
- 163 Dans le cas d'œuvres mises sur Internet par le biais d'un serveur suisse, *la loi de l'État étranger* où l'œuvre peut être consultée ne serait-elle pas applicable ? La question est débattue. Le dépôt d'œuvres dans une archive ouverte ne relève pas que du droit de reproduction, mais aussi du droit de mise à disposition (art. 10 al. 2 let. c LDA).
- 164 Si une œuvre est déposée dans une archive suisse, la doctrine estime à raison que l'œuvre a été « mise à disposition » non seulement en Suisse, site du serveur, mais aussi dans les États étrangers où l'œuvre est accessible. En d'autres termes, l'infraction au droit d'auteur a lieu en Suisse ainsi que dans ces autres États⁹⁸.
- 165 Si un éditeur exige de l'auteur qu'il ne mette pas son œuvre à disposition dans certains États, le droit de ces États est applicable. Cela dit, il est plus efficace d'intenter une action en cessation liée à la localisation de l'infraction *en Suisse*, qui vise à interdire à l'exploitant de l'archive ouverte (en application de la loi suisse) de déposer sur le serveur suisse tout exemplaire d'une œuvre définie, et empêcher ainsi qu'elle soit accessible dans tout autre État.

⁹⁷ STIESS, p. 198, 200 ; KATZENBERGER, avant art. 120 ss. ch. marg. 145.

⁹⁸ Ainsi chez KATZENBERGER, avant art. 120 ss. ch. marg. 145 et réf. (à propos du droit allemand) ; la remarque de BÄR, p. 148 s. (concernant le droit suisse), selon laquelle « la possibilité de réception dans d'autres États » peut enfreindre leurs lois, va dans le même sens.

c) *Résultat*

166 En matière d'élection du droit applicable, il faut distinguer conformément à la LDIP suisse entre le droit contractuel et le droit d'auteur. Dans les rapports de droit entre auteur et éditeur, il est fréquent que des aspects contractuels comme la formation et l'interprétation du contrat d'édition soient litigieux. Dans ce contexte, *le droit applicable est celui de l'État où l'éditeur a son établissement* (art. 117 al. 2 LDIP), à défaut d'élection du droit par les parties (art. 116 LDIP).

167 Cela signifie qu'en cas de litige avec un éditeur étranger, *le régime juridique du pays étranger* s'applique, soit en vertu de l'art. 117 al. 2 LDIP, soit conformément à ce qui a été convenu entre les parties au contrat d'édition. Dans un tel cas, le droit suisse n'est applicable que pour les questions de propriété intellectuelle, et à condition que la protection soit revendiquée en Suisse (ex. : une action en cessation visant à retirer l'œuvre d'un serveur Internet situé en suisse).

VII. Conclusion

168 Dans le chapitre C, la problématique de l'Open Access est présentée du point de vue de l'auteur. L'aspect essentiel dans ce contexte est que la législation suisse sur le droit d'auteur ainsi que les dispositions du CO relatives au contrat d'édition confèrent une place importante au principe de la *liberté de contracter*. Rien n'empêche théoriquement les parties de conclure un contrat d'édition qui autorise l'auteur à déposer son œuvre dans une archive ouverte parallèlement à sa publication, que ce soit sous forme de version PDF de l'éditeur, ou de version de l'auteur (sans logo ni pagination de l'éditeur).

169 Dans la pratique toutefois, ce sont les éditeurs qui fixent les conditions contractuelles. Dès lors, cette liberté de contracter joue au désavantage de l'auteur, les éditeurs se faisant souvent transférer tous les droits d'auteur, ce qui leur permet subséquemment d'interdire le dépôt de l'œuvre dans une archive ouverte.

D. Le point de vue de l'exploitant de l'archive ouverte

I. Aperçu

170 On appelle archive ouverte (ou répertoire) un serveur Internet contenant un grand nombre de publications scientifiques mises à disposition. Les exploitants de ces archives sont généralement des universités et autres institutions de recherche, ce qui explique que le terme d'« archives institutionnelles » (« Institutional Repository ») soit largement répandu⁹⁹. Ces archives contribuent à la réalisation de l'idée de l'Open Access en servant d'interface entre auteurs et utilisateurs, et en permettant aux utilisateurs de bénéficier via Internet d'un accès gratuit aux œuvres scientifiques.

171 Les publications scientifiques étant normalement protégées par le droit d'auteur, l'exploitant d'une archive ouverte doit être titulaire des droits nécessaires à l'exercice de son activité (ci-après chapitres II. et III.), faute de quoi il se rend coupable d'infractions aux droits d'auteur (chapitre IV.). La situation juridique dans un contexte international est traitée au chapitre V., et la conclusion fait l'objet du chapitre VI.

II. Situation initiale en termes de droit d'auteur

1. Dépôt de copies

172 Les archives ouvertes permettent de déposer des copies numériques d'œuvres scientifiques. L'objectif poursuivi est de rendre une œuvre accessible au plus grand nombre, et de l'archiver de la manière la plus pertinente possible au niveau technique. L'acte de dépôt est traité ci-après du point de vue du droit d'auteur (voir ci-avant ch. marg. 82).

173 Le dépôt consiste à mettre l'œuvre en ligne, autrement dit à enregistrer une copie numérique de l'œuvre sur le serveur Internet. Cette utilisation de l'œuvre est régie par le *droit de reproduction* conformément à l'art. 10 al. 2 let. a LDA¹⁰⁰. La mise en ligne n'est pas forcément réalisée par

⁹⁹ À propos de la notion d'archive institutionnelle, voir BARGHEER/BELLEM/SCHMIDT, p. 1 s. ; plus approfondie chez JONES/ANDREW/MACCOLL, p. 1 ss.

¹⁰⁰ BARRELET/EGLOFF, art. 10 ch. marg. 12 ; BÜHLER, p. 157 s.

l'exploitant du répertoire. Il est possible de prévoir un système qui permette à l'auteur de déposer lui-même une copie. Il arrive que l'acte de dépôt s'accompagne de la création d'autres copies numériques, parfois instables, qui peuvent être mises sur un autre serveur ou sur des supports de données pour y être sauvegardées.

174 L'exploitant de l'archive met l'œuvre sur Internet pour qu'elle puisse y être consultée. Le *droit de mise à disposition* entre en jeu, conformément à l'art. 10 al. 2 let. c LDA¹⁰¹.

175 Ces deux droits, celui de la reproduction (pour la mise en ligne) et celui de la mise à disposition, sont réunis dans le présent avis de droit sous le terme générique de *droits en ligne* (voir ci-avant ch. marg. 82). L'exploitant de l'archive doit être titulaire des droits en ligne sur les œuvres qu'il rend accessibles.

2. *Renvois vers des copies*

a) *Hyperliens*

176 L'exploitant d'une archive ouverte n'a pas nécessairement besoin de rendre les œuvres scientifiques accessibles directement, il lui suffit de placer sur son site Internet un hyperlien qui renvoie à ces articles. De la sorte, il peut créer un lien avec le site Internet personnel d'un scientifique et avec les œuvres que celui-ci y publie.

177 Normalement, le simple fait de placer un hyperlien ne constitue pas une utilisation de l'œuvre protégée à laquelle il renvoie. Il s'agit au fond d'une simple indication que l'œuvre se trouve sur un autre site Internet, l'hyperlien n'étant qu'un outil convivial permettant un accès plus rapide à l'œuvre¹⁰².

178 Toutefois, les hyperliens ne sont pas toujours anodins, comme l'illustrent deux exemples :

- Si l'élément qui sert d'hyperlien est constitué non pas d'un seul ou de quelques mots clés, mais d'une partie de la page cible protégée par le droit d'auteur (par ex. image, court extrait de texte), qui se trouve de la sorte intégrée au site Internet de celui qui place l'hyperlien, il

¹⁰¹ BARRELET/EGLOFF, art. 10 ch. marg. 22a.

¹⁰² R. H. WEBER, E-Commerce, p. 247; du même, Suchmaschinen, p. 65.

s'agit bien d'une utilisation d'une œuvre protégée qui requiert l'autorisation du titulaire¹⁰³.

- Si l'hyperlien renvoie vers un site Internet où se trouvent des contenus portant atteinte au droit d'auteur, ce renvoi peut mettre l'internaute qui l'utilise en infraction. Dans ce cas, il est possible de faire valoir des moyens de recours également contre l'exploitant de l'archive ouverte¹⁰⁴. Toutefois, l'internaute (et avec lui l'exploitant) n'est pas en faute si les droits concédés prévoient une exception au titre de l'usage privé ou de l'usage interne¹⁰⁵ (voir ci-après ch. marg. 253 ss.).

b) *Fonction « copie à la demande »*

179 Certaines archives ouvertes pratiquent la copie à la demande, une autre forme de renvoi. L'exploitant d'une archive ouverte ne dépose pas directement une œuvre sur son site Internet afin qu'elle puisse y être librement consultée, mais propose un champ « copie à la demande » sur lequel l'internaute peut cliquer s'il veut une copie de l'œuvre. Un courriel est alors envoyé à l'auteur, qui peut accepter ou refuser. S'il accepte, l'œuvre est envoyée à l'internaute par courrier électronique.

180 Le renvoi de l'internaute vers l'auteur est juridiquement neutre. En revanche, l'envoi de l'œuvre, qui constitue une reproduction (art. 10 al. 2 let. a LDA) et une mise en circulation (art. 10 al. 2 let. b LDA), requiert les droits d'auteur¹⁰⁶. Il importe en la matière de distinguer si l'envoi de l'œuvre a lieu du fait de l'auteur seul, ou si l'exploitant de l'archive ouverte participe à l'opération (si, par ex., l'auteur déclenche l'envoi mais que celui-ci est réalisé à partir du serveur Internet de l'exploitant de l'archive).

¹⁰³ HILTY, Link, p. 139 et réf. ; cf. aussi BU, p. 63 s.

¹⁰⁴ En vertu de l'art. 50 al. 1 CO, lorsque plusieurs ont causé ensemble un dommage, ils sont tenus solidairement de le réparer, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre « l'instigateur, l'auteur principal et le complice » : BARRELET/EGLOFF, art. 62 ch. marg. 5 ; approfondi in RUBLI, ch. marg. 112 ss.

¹⁰⁵ Ce qu'indique STRAFNER, p. 61 ss. (concernant le droit allemand ; voir aussi les références).

¹⁰⁶ La notion de « mise en circulation » englobe aussi des « actes d'aliénation électronique » : BARRELET/EGLOFF, art. 10 ch. marg. 16.

181 Entre le dépôt dans une archive qui met l'œuvre à la disposition du plus grand nombre, et la fonction « copie à la demande », il n'existe dans le fond pas de différence, puisque tous deux requièrent les droits d'auteur. Cependant, sur le plan pratique, la fonction « copie à la demande » *alourdit le fardeau de la preuve* lorsqu'il devient nécessaire de faire appliquer le droit. En effet, pour une personne extérieure (par ex., un éditeur désireux d'intenter une action contre l'exploitant de l'archive), la conception technique de la fonction de « copie à la demande » n'est pas transparente. Il pourra être difficile de savoir si d'éventuelles violations du droit d'auteur sont commises par l'auteur seul, par l'exploitant de l'archive, ou par eux deux.

III. Autorisation sur les droits d'auteur requis

1. *Autorisation par consentement de l'auteur*

a) *Portée du consentement*

182 L'auteur lui-même peut céder à l'exploitant de l'archive ouverte les droits en ligne sur l'œuvre à déposer, à condition de ne pas les avoir déjà cédés ailleurs.

183 Si l'auteur consent au dépôt de l'œuvre dans l'archive ouverte, sans convention expresse avec l'exploitant précisant le type de cession, il convient en vertu de la théorie de la finalité (ci-avant ch. marg. 77) de partir du principe que l'auteur n'accorde qu'une licence simple et pas un transfert de droit. En effet, la finalité de la cession est uniquement le dépôt de l'œuvre ; à la différence d'un éditeur, l'exploitant ne vise généralement pas à une exploitation de l'œuvre la plus complète possible¹⁰⁷.

b) *Auteur lié par contrat d'édition*

184 Si un auteur est déjà lié par un contrat d'édition, a-t-il le droit de consentir au dépôt de son œuvre ? Cela dépendra des rapports de droit entre l'auteur, l'éditeur et l'exploitant de l'archive ouverte, qu'il conviendra de bien séparer :

- *Rapport de droit entre éditeur et auteur* : si le contrat d'édition n'autorise pas l'auteur à déposer son œuvre dans une archive ou-

¹⁰⁷

DORSCHER, p. 238 s.

verte et que l'auteur y contrevient, il enfreint les clauses du contrat et l'éditeur peut saisir la justice.

- *Rapport de droit entre auteur et exploitant d'archive ouverte* : l'auteur qui dépose une œuvre dans une archive ouverte conclut un deuxième contrat sur ses droits d'auteur (le premier étant le contrat d'édition). L'auteur ne peut concéder à l'exploitant que les droits que le contrat d'édition lui a laissés.
- *Rapport de droit entre exploitant d'archive ouverte et éditeur* : l'exploitant n'étant pas partie au contrat d'édition (conclu entre l'éditeur et l'auteur), il ne peut en enfreindre les clauses. Le contrat d'édition intéresse quand même l'exploitant dans la mesure où l'auteur ne peut lui donner consentement valable s'il a déjà transféré ses droits à l'éditeur, ou s'il lui en a donné licence exclusive. Dans ces cas de figure, l'éditeur peut poursuivre en justice l'exploitant de l'archive ouverte, qui a mis l'œuvre à la disposition du public, pour violation du droit d'auteur¹⁰⁸.

185 On l'a vu, il n'est pas toujours facile de savoir si un contrat d'édition entre un auteur et un éditeur inclut aussi les droits en ligne, si l'auteur a conservé le droit de déposer dans une archive ouverte, et si oui quelle version il peut utiliser : la version PDF de l'éditeur ou la version de l'auteur (ci-avant ch. marg. 65 ss.).

186 Pour ne pas courir le risque de se rendre coupable d'une violation du droit d'auteur, l'exploitant d'une archive ouverte a deux solutions. Soit il clarifie la situation juridique lui-même, soit il reporte le risque – financier au moins – sur l'auteur, en prévoyant dans le contrat qui le lie à celui-ci une clause lui garantissant l'existence des droits d'auteur requis et un dédommagement en cas d'infraction (voir ci-après ch. marg. 232 s.).

c) *Auteur lié par un contrat de travail*

187 Si l'auteur est employé par une université qui exploite elle-même une archive ouverte, il est possible que le contrat de travail prévoie la cession des droits d'auteur à l'employeur. Certes, le principe selon lequel les uni-

¹⁰⁸ Dans le cas d'une *licence exclusive*, le droit d'ester de l'éditeur ressort de l'art. 62 al. 3 LDA, qui est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2008 mais ne s'applique qu'aux contrats conclus ou confirmés après le 1^{er} juillet 2008 (disposition transitoire de l'art. 81a LDA). Pour les contrats antérieurs, l'éditeur n'a qualité pour agir que sur autorisation spéciale de l'auteur, voir BARRELET/EGLOFF, art. 62 ch. marg. 21 et réf.

versitaires travaillent de manière autonome reste valable (s'ils n'assistent pas eux-mêmes d'autres chercheurs), et ces universitaires ont donc le droit de disposer de leurs résultats¹⁰⁹. Mais l'université peut déroger à ce principe dans le contrat de travail qu'elle propose et obliger l'auteur à lui concéder les droits en ligne (une obligation qui pourrait être juridiquement confortée par la loi applicable aux hautes écoles, voir ci-après ch. marg. 302 s.).

188 De telles mesures de la part de l'université limiteraient la liberté de l'auteur de disposer de ses publications, ce qui serait assimilable à une détérioration de ses conditions de travail. La position de l'auteur vis-à-vis des éditeurs s'en trouverait affaiblie. Il pourrait arriver qu'un scientifique que son contrat de travail oblige à publier sur Internet par le biais d'une archive ouverte ne trouve pas de revue scientifique de renom acceptant de publier son œuvre dans de telles conditions. Serait-ce en définitive dans l'intérêt de l'université ? On peut en douter quand on sait qu'elle cherche à s'attirer les meilleurs chercheurs¹¹⁰.

189 On voit d'ailleurs déjà pointer une résistance politique contre ce type de clauses contractuelles. Dans l'« Appel de Heidelberg » publié en mars 2009 et signé depuis non seulement par des éditeurs, mais aussi par de nombreux scientifiques, « toute contrainte à publier sous une forme particulière » est considérée comme « inacceptable »¹¹¹.

2. *Autorisation par consentement de l'éditeur*

190 Il est également envisageable que l'exploitant de l'archive ouverte obtienne les droits requis de l'éditeur. Ce genre de coopération entre exploitant et éditeur présenterait du point de vue de l'exploitant l'avantage qu'il n'aurait pas à s'adresser à chacun des auteurs pour obtenir les droits : il pourrait convenir avec les éditeurs concernés d'une solution couvrant un grand nombre d'œuvres¹¹². Toutefois, les éditeurs traditionnels perçoi-

¹⁰⁹ REHBINDER, Urheberrecht, ch. marg. 173 (p. 177 s.).

¹¹⁰ HILTY/BAJON, p. 262.

¹¹¹ « Für Publikationsfreiheit und die Wahrung der Urheberrechte » (disponible également en anglais : « The Freedom to Publish and the Protection of Copyright ») : www.textkritik.de/urheberrecht/index.htm.

¹¹² Voir, par ex., la coopération entre la Bibliothèque universitaire et d'État de Göttingen et la maison d'édition Springer Verlag : www.sub.uni-goettingen.de/ebene_2/oa_journals/springer.html.de.

vent le dépôt dans une archive ouverte comme une concurrence indésirable, ce qui entrave souvent la réalisation de telles coopérations¹¹³.

- 191 La concession de droits d'auteur n'est pas liée à une forme donnée. Il faut vérifier si certains comportements des éditeurs peuvent être compris comme des actes concluants, qui valent consentement. Si un éditeur met lui-même en ligne une œuvre scientifique, de sorte qu'elle est libre d'accès sur Internet, cet acte peut-il être considéré par un tiers comme l'autorisation de mettre, lui aussi, cette œuvre à disposition ?
- 192 La réponse est non. En effet, si un éditeur met une œuvre en ligne et que cette offre est utilisée, il se forme de ce fait entre l'éditeur et l'internaute un contrat sur les droits d'auteur. Ce contrat doit être apprécié en fonction de sa finalité essentielle : les droits d'auteur ne sont réputés concédés que dans la mesure où ils sont nécessaires à l'objet du contrat (pour plus de précisions, voir ci-avant, ch. marg. 77). Aux fins de cet usage, seul le droit de reproduction (art. 10 al. 2 let. a LDA) est requis pour télécharger l'œuvre. Or, rien dans le comportement de l'éditeur, ne laisse penser que l'utilisateur aurait, lui aussi, le droit de mettre l'œuvre à disposition (art. 10 al. 2 let. c LDA).
- 193 En définitive, le fait que l'éditeur mette des œuvres à disposition ne signifie aucunement qu'il renonce complètement aux droits concernés. Il faut au contraire y voir une licence en faveur de l'utilisateur, qui peut lui-même utiliser l'œuvre, mais non la rendre accessible au public, sauf autorisation expresse. L'exploitant de l'archive ouverte ne peut dans un cas de ce type mettre l'œuvre à disposition.
- 194 Il en va de même pour les articles scientifiques de revues auxquelles l'exploitant d'une archive ouverte est abonné. Même un abonnement en ligne n'autorise l'exploitant qu'à utiliser le contenu d'une revue à des fins privées, et non à le mettre à disposition sur l'Internet.
- 195 Si l'éditeur détient les droits d'auteur requis sur une œuvre scientifique, une légère modification de l'œuvre ne permettra pas non plus de contourner l'obligation d'obtenir son autorisation. En particulier, une œu-

¹¹³ Pour le point de vue de l'éditeur, cf. VON LUCIUS, p. 96: « [...] les partisans de la voie verte de l'Open Access laissent volontiers aux éditeurs le soin d'organiser, de produire et de financer les revues puis, au bout de six mois, sans aucune appréciation spécifique ni analyse différenciée de la gestion, ils leur retirent toute chance de gain par des mesures qui peuvent être qualifiées de confiscatoires. »

vre ne peut être utilisée dans une autre mise en forme – par ex., en omettant le logo de l'éditeur et la pagination originale – sans autorisation de l'éditeur (toutefois, dans le cadre du contrat d'édition entre l'auteur et l'éditeur, l'omission de la pagination originale peut jouer un rôle ; voir ci-avant ch. marg. 89).

- 196 L'autorisation de l'éditeur n'est plus nécessaire que si le contenu de l'œuvre est à ce point modifié que les caractéristiques essentielles de l'œuvre originale sont « estompées »¹¹⁴ – raccourcir le texte ou en changer la composition ne suffisent pas. L'autorisation est également superflue si un exploitant d'archive ouverte ne fait que placer un hyperlien sur les publications en libre accès des éditeurs, à condition qu'il observe les conditions générales qui régissent cet acte (voir ch. marg. 176 ss.).

3. **Autorisations conférées par les exceptions légales**

a) *Exception de l'utilisation à des fins privées*

- 197 Le dépôt d'œuvres dans une archive ouverte sans le consentement du titulaire du droit d'auteur est autorisé s'il est couvert par des exceptions légales, notamment au titre de l'usage privé ou interne. Dès lors, la loi autorise l'usage interne d'œuvres pour lesquelles l'auteur a transféré à l'éditeur les droits en ligne ou lui a attribué une licence exclusive.
- 198 L'utilisation à des fins privées est régie par l'art. 19 al. 1 let. c LDA. Il convient en particulier de tenir compte des restrictions figurant à l'al. 3¹¹⁵ :

art. 19 art. 1 let. c et art. 3 LDA

¹ *L'usage privé d'une œuvre divulguée est autorisé. Par usage privé, on entend :*

c. la reproduction d'exemplaires d'œuvres au sein des entreprises, administrations publiques, institutions, commissions et organismes analogues, à des fins d'information interne ou de documentation.

³ *Ne sont pas autorisés en dehors du cercle de personnes étroitement liées :*

¹¹⁴ REHBINDER, Urheberrecht, ch. marg. 98.

¹¹⁵ Pour des raisons de concision, l'art. 19 LDA n'est cité ici que partiellement.

- a. *la reproduction de la totalité ou de l'essentiel des exemplaires d'œuvres disponibles sur le marché ;*
- b. *la reproduction d'œuvres des beaux-arts ;*
- c. *la reproduction de partitions d'œuvres musicales ;*
- d. *l'enregistrement des interprétations, représentations ou exécutions d'une œuvre sur des phonogrammes, vidéogrammes ou autres supports de données.*

199 Cette exception se réfère non seulement à l'usage privé dans les entreprises au sens strict, mais aussi, conformément au libellé de l'art. 19 al. 1 let. c LDA, à l'usage privé dans des « *administrations publiques, institutions, commissions et organismes analogues* ». La forme juridique ou l'existence d'une personnalité juridique propre n'a ici aucune incidence¹¹⁶. Le cercle des entités autorisées est défini de façon très large¹¹⁷ de sorte que les universités, instituts scientifiques et autres organisations de recherche entrent donc dans le champ de cet article¹¹⁸.

200 Le fait que l'usage privé soit autorisé dans les universités implique aussi qu'il peut être mis au service de l'échange d'informations dans l'ensemble de l'université et pas uniquement dans certaines institutions. La mention des institutions à l'art. 19 art. 1 let. c LDA vise principalement à permettre aux institutions indépendantes, qui ne sont pas intégrées dans une université, de se référer à cette disposition. On ne peut donc en déduire une limitation de l'échange d'informations à certains secteurs de l'université.

201 L'art. 19 al. 1 let. c LDA ne permet que la « *reproduction d'exemplaires d'œuvres* ». Néanmoins, cette formulation est trop restreinte et il convient de l'interpréter de façon plus large au vu de la finalité de cette disposition : l'information interne et la documentation. Sachant qu'aujourd'hui, il est courant d'utiliser des réseaux électroniques (par ex. intranet) à des fins d'information et de documentation, le terme de reproduction doit en-

¹¹⁶ GASSER, *Eigengebrauch*, p. 91 s.

¹¹⁷ Est autorisé : « l'ensemble du monde du travail et de l'emploi » : BARRELET/EGLOFF, art. 19 ch. marg. 16.

¹¹⁸ Voir également les premiers avant-projets de LDA, qui citaient encore expressément les instituts scientifiques parmi les entités autorisées : art. 29 al. 3 avant-projet 1971 (UFITA 66/1973, p. 184), art. 31 al. 1 avant-projet 1974 (UFITA 72/1975, p. 231).

glober également le droit à la mise à disposition¹¹⁹. En conséquence, la mise à disposition d'une œuvre dans une archive entre fondamentalement dans le champ de l'usage privé.

202 Cela dit, cet article ne couvre que l'usage « *interne* » de l'œuvre. La mise à disposition au public visée par l'Open Access – c.-à-d. sans limitation du cercle de personnes – n'est pas autorisée par cette exception de la loi. Ainsi, elle ne couvre pas l'échange d'informations *entre* des universités. Les personnes entrant dans le champ de l'usage privé sont tout d'abord l'employeur et les salariés. Si une institution de recherche est organisée sous la forme d'une association, les membres de celle-ci, comme les salariés, sont assimilés à des « internes »¹²⁰. Dans le cas des universités, qu'en est-il des étudiants et doctorants ? On peut très certainement les inclure car, dans une université, les étudiants et doctorants ne constituent pas des clients externes¹²¹ mais des membres de l'institution¹²².

203 L'exception de l'usage privé ne couvre que les œuvres divulguées (art. 19 al. 1 phrase 1 LDA). L'usage privé est soumis au versement d'une rémunération à l'auteur (art. 20 al. 2 LDA). Cette rémunération est perçue par les sociétés de gestion agréées, par ex. Pro Litteris (art. 20 al. 4 LDA) et le produit réparti entre les ayants cause (art. 49 LDA).

204 Selon la jurisprudence et la doctrine, l'utilisateur doit avoir *accédé licitement* à l'exemplaire de l'œuvre objet de l'usage privé¹²³. Ainsi, il est interdit de reproduire, au titre de l'usage privé, un livre volé. Dans ce contexte, il est intéressant de savoir que conformément à l'art. 39a al. 4 LDA, il existe une autorisation légale pour l'usage privé d'exemplaires de l'œuvre qui ont été obtenus en contournant les mesures de protection techniques ; un tel acte de contournement ne peut donc pas être assimilé à un « vol » (pour plus de précisions, voir ci-après ch. marg. 258 ss.).

¹¹⁹ ATF 133 III 473 ss. C. 3.1 et 3.2 ; BARRELET/EGLOFF, art. 19 ch. marg. 16.

¹²⁰ GASSER, *Eigengebrauch*, p. 92 ; CHERPILLOD, *Schranken*, p. 279.

¹²¹ Les clients sont considérés comme des personnes extérieures : BARRELET/EGLOFF, art. 19 ch. marg. 16 ; GASSER, *Eigengebrauch*, p. 93.

¹²² Voir par ex. la loi sur l'université du canton de Zurich (n° d'ordre 415.11), qui assimile les étudiants (§ 13 ss.) à des membres de l'université (cf. titre § 8 ss.).

¹²³ ATF 128 IV 201 ss. C. 3.5 ; GASSER, *Eigengebrauch*, p. 60 ss. La doctrine distingue la question de l'accès licite de l'utilisateur à l'œuvre à celle (qui y est liée) de savoir si la copie a été réalisée et rendue accessible de façon licite ou s'il s'agit d'une « copie piratée » (cf. ci-après ch. marg. 256).

- 205 Si l'utilisateur dispose de façon licite d'un exemplaire de l'œuvre, la question de savoir qui détient les droits d'auteur sur l'œuvre est sans importance pour l'application de l'exception. Par exemple, si l'auteur a conclu un contrat d'édition transférant l'ensemble des droits d'auteur à l'éditeur et que celui-ci lui a transmis sa version PDF de l'œuvre ainsi que des exemplaires imprimés, il a obtenus ceux-ci licitement (et ne les a donc pas volés). En conséquence, il est autorisé à en faire un usage privé, à moins que le contrat d'édition ne l'interdise.
- 206 Il en va de même lorsqu'une université est abonnée à des revues en ligne. Ici aussi, elle a un accès licite à ces publications de sorte qu'elle est fondamentalement autorisée à reproduire leur contenu et à le mettre à disposition, à moins qu'elle ne se soit engagée par contrat – dans le cadre de l'abonnement en ligne – à un usage plus restreint (par ex. limitation du nombre d'accès simultanés sur des postes de travail différents).
- 207 L'usage privé est soumis à de multiples restrictions. En l'occurrence, le législateur suit les dispositions du droit international, en particulier celles liées au « test en trois étapes » (pour plus de précisions, voir ci-après ch. marg. 283 ss.). La principale restriction concernant les archives ouvertes résulte de l'art. 19 al. 3 let. a LDA, selon lequel le privilège de l'usage privé n'englobe pas « *la reproduction de la totalité ou de l'essentiel des exemplaires d'œuvres disponibles sur le marché* ».
- 208 Conformément à la doctrine et à la jurisprudence, cette restriction ne s'applique pas à l'ensemble des exemplaires d'œuvres disponibles sur le marché, mais uniquement à *l'intégralité des exemplaires disponibles*, sous la forme dans laquelle ils sont proposés sur le marché¹²⁴. Par exemple, on ne peut pas invoquer l'usage privé pour déposer, dans une archive ouverte, l'intégralité d'une monographie vendue dans le commerce. En revanche, il est possible d'y déposer un article isolé si seul la revue complète est vendue dans le commerce¹²⁵ ; toutefois, si l'éditeur propose à la vente des articles individuels (par ex. sur une plate-forme

¹²⁴ ATF 133 III 473 ss. C. 3.1 ; BARRELET/EGLOFF, art. 19 ch. marg. 23 ; GASSER, Eigengebrauch, p. 120 s.

¹²⁵ De la même manière, cf. BARRELET/EGLOFF, art. 19 ch. marg. 23 ; GASSER, Eigengebrauch, p. 120 s. nbp. 28.

Internet propre à la maison d'édition), leur dépôt dans une archive ouverte n'est pas couvert par l'exception¹²⁶.

- 209 A première vue, la situation juridique semble différente lorsqu'on se réfère à l'art. 19 al. 3^{bis} LDA, selon lequel les « reproductions confectionnées lors de la consultation à la demande d'œuvres mises à disposition licitement » ne sont pas soumises aux restrictions prévues par l'article 3. En réalité, seul le processus de consultation en soi est couvert – ainsi que les reproductions qui en résultent (automatiquement) – et non pas l'usage qui en est fait.
- 210 N'entrent pas dans le champ de l'usage privé : le dépôt d'œuvres des beaux-arts, de partitions d'œuvres musicales, l'enregistrement des interprétations, représentations ou exécutions d'une œuvre (art. 19 al. 3 let. b-d LDA).
- 211 *En conclusion*, il convient de noter que l'exception liée à l'usage privé permet fondamentalement aux organisations scientifiques (et notamment aux universités) de mettre des œuvres déjà divulguées à la disposition de personnes internes au moyen d'une archive, sans devoir demander l'autorisation du titulaire du droit d'auteur. Néanmoins, l'usage privé ne s'applique qu'aux exemplaires de l'œuvre auxquels l'organisation scientifique a eu accès licitement. L'exception de l'usage privé ne couvre pas la reproduction et la mise à disposition d'exemplaires intégraux vendus dans le commerce (par ex. la copie de l'ensemble du contenu d'un livre). Si l'exemplaire vendu dans le commerce consiste en une revue, il est possible d'utiliser intégralement certains articles dès lors que l'éditeur ne commercialise pas ces derniers individuellement (par ex. en ligne).
- b) *Dispositions relatives aux exemplaires d'archive et copies de sécurité*
- 212 L'art. 24 LDA prévoit d'autres exceptions au titre de la conservation des œuvres. Dans le cadre de la modification de la LDA en 2007, l'art. 24 a été complété par l'al. 1^{bis} contenant une disposition spécifique au profit des bibliothèques et d'autres institutions :

¹²⁶

BARRELET/EGLOFF, art. 19 ch. marg. 23a ; voir également GASSER, LDA, art. 19 ch. marg. 37. Arrêt différent de la Cour d'appel à Berne, sic! 2001, p. 613 ss. C. 7 (p. 620) ; néanmoins, les motifs sont certainement dépassés aujourd'hui (en 2001, l'accès Internet n'était pas considéré comme allant de soi et, dans ce sens, on ne pouvait pas considérer que les exemplaires de l'œuvre disponibles sur Internet étaient « dans le commerce »).

art. 24 al. 1^{bis} LDA

Les bibliothèques, les établissements d'enseignement, les musées et les archives accessibles au public sont autorisés à confectionner les copies d'exemplaires d'œuvres qui sont nécessaires pour la sauvegarde et la conservation de leurs collections, à condition qu'ils ne poursuivent aucun but économique ou commercial avec cette activité.

213 Cette disposition permet aux entités autorisées (bibliothèques, établissements d'enseignement, etc.) de confectionner des copies de sauvegarde des exemplaires des œuvres qu'elles ont dans leurs stocks. Cela répond à l'un des objectifs de l'Open Access, à savoir assurer un archivage durable du savoir scientifique à des fins de préservation du patrimoine culturel¹²⁷.

214 Néanmoins, cette disposition ne contribue pas à la principale finalité de l'Open Access, qui est de rendre les œuvres scientifiques accessibles gratuitement au public. D'une part, l'utilisateur n'a pas de droit d'accès aux exemplaires d'une œuvre qu'il n'aurait pas déjà en sa possession. De l'autre, conformément à l'art. 24 al. 1^{bis} LDA, il ne peut confectionner des copies que s'il ne poursuit pas de « but économique ou commercial ». Il ressort des documents que le législateur visait, par ce libellé, à empêcher que les entités autorisées en vertu de l'art. 24 al. 1^{bis} LDA ne créent des bases de données sur lesquelles les œuvres reproduites puissent être consultées¹²⁸.

215 *En résumé*, cette disposition permet à certaines bibliothèques et autres entités de confectionner des copies de sauvegarde de leurs acquisitions ; mais elle ne leur accorde aucun droit d'accès à ces œuvres, ni le droit de les mettre à disposition sans l'accord du titulaire des droits.

c) *Autres exceptions*

216 Le *droit de citation* ancré à l'art. 25 LDA, selon lequel « les citations tirées d'œuvres divulguées sont licites dans la mesure où elles servent de commentaire, de référence ou de démonstration et pour autant que leur

¹²⁷ Cf. Message, Ff. 2006, p. 3430, selon lequel « cette extension s'avère nécessaire en raison des nouvelles exigences que pose le numérique aux institutions qui ont pour mission de sauvegarder nos connaissances et nos acquis culturels. »

¹²⁸ Expressément dans Message, Ff. 2006, p. 3430.

emploi en justifie l'étendue », n'est pas très utile à l'exploitant de l'archive ouverte. En effet, il ne peut pas invoquer l'art. 25 LDA lorsqu'il met des œuvres à disposition sans qu'il s'agisse d'un commentaire, d'une référence ou d'une démonstration.

- 217 L'exploitant d'une archive ne peut pas non plus invoquer l'art. 27 LDA en sa faveur. Celui-ci dispose qu'il est « licite de reproduire des œuvres se trouvant à demeure sur une voie ou une place accessible au public », sans avoir besoin de l'accord du titulaire des droits. L'art. 27 LDA protège la « liberté de panorama » et permet notamment de photographier dans l'espace public sans devoir éviter les œuvres publiquement accessibles (statues, églises, fontaines)¹²⁹. En conséquence, cette disposition ne s'applique pas à l'espace virtuel d'Internet, c.-à-d. que les sites Internet ne peuvent être assimilés à « une voie ou une place accessible au public ».

4. **Autorisation conférée par le droit des cartels ?**

- 218 Dans la pratique, les maisons d'édition utilisent généralement des contrats-types prévoyant que l'auteur transfère à l'éditeur l'ensemble des droits sur l'œuvre (ou au minimum les principaux). En conséquence, l'éditeur obtient le monopole sur l'utilisation de l'œuvre. En l'occurrence, on peut se demander si cette situation de « source unique » est acceptable au regard du droit de la concurrence et si elle ne pourrait pas donner lieu à un contrôle de la gestion commerciale des maisons d'édition.
- 219 L'art. 7 LCart prescrit que les entreprises ayant une position dominante ne doivent pas en abuser¹³⁰. Les abus englobent notamment le refus d'entretenir des relations commerciales (art. 7 al. 2 let. a LCart) et le fait d'imposer des prix ou d'autres conditions commerciales inéquitable (art. 7 al. 2 let. c LCart).
- 220 S'agissant des éditeurs scientifiques, le problème n'est généralement pas que l'éditeur refuse la livraison de revues. En revanche, certaines maisons d'édition demandent aux institutions de recherche des prix excessifs sachant que celles-ci ont impérativement besoin de s'abonner à des

¹²⁹ BARRELET/EGLOFF, art. 27 ch. marg. 1.

¹³⁰ Dans l'hypothèse où la loi sur les cartels s'applique, cf. art. 3 al. 2 LCart et à ce sujet STIRNIMANN, p. 41 ss. et HILTY, KG, p. 325 ss., et réf. respectives.

revues renommées si elles veulent proposer à leurs membres une infrastructure de recherche de qualité¹³¹.

221 Il ne faut pas trop attendre du contrôle des prix ancré dans la loi sur les cartels. Celle-ci ne vise pas à imposer des prix adaptés mais se limite à s'opposer aux entraves à la libre concurrence¹³².

222 Pour pouvoir invoquer, en vertu de la loi sur les cartels, l'obligation de conclure un contrat et de proposer des prix équitables, l'éditeur doit être globalement qualifié d'*entreprise ayant une position dominante*¹³³. Le problème en l'occurrence est de définir le marché concerné¹³⁴.

223 Selon la doctrine dominante, un marché est délimité par des offres substituables¹³⁵. Dans la perspective traditionnelle du droit des cartels, il faut se demander si des éditeurs différents proposent des offres concurrentes sur le marché, ce qui est généralement le cas. Or, du point de vue du chercheur, les publications scientifiques ne sont *quasiment pas substituables*. En effet, dans la recherche de pointe, lorsqu'un scientifique a besoin d'utiliser un article particulier comme source car il est le seul à lui fournir une information donnée, il ne peut se rabattre sur un autre article paru chez un autre éditeur¹³⁶. En conséquence, chaque article scientifique non substituable constituerait un marché distinct et il conviendrait systématiquement de qualifier les éditeurs scientifiques d'entreprises ayant une position dominante et qui, de ce fait, sont soumises au contrôle de la loi sur les cartels.

224 Une telle interprétation radicale de la notion de marché est en contradiction avec la doctrine dominante et la jurisprudence du droit des cartels ; cela dit, elle décrit avec justesse la situation : le chercheur et la bibliothèque sont largement impuissants face à la politique de prix de l'éditeur.

¹³¹ Cf. par ex. les négociations entre la maison d'édition Elsevier et la Max-Planck-Gesellschaft : HILTY, Wissenschaftler, p. 183 s.

¹³² ZÄCH, ch. marg. 693 ; STIRNIMANN, p. 217.

¹³³ Le monopole dont dispose le titulaire du droit d'auteur ne lui confère pas à lui seul une position dominante sur le marché : WIELSCH, p. 131.

¹³⁴ Pour plus de précisions, voir HILTY, Zwangslizenzen, p. 638 s.

¹³⁵ ZÄCH, ch. marg. 532 s.

¹³⁶ HILTY, Wissenschaftler, p. 185 s. ; HILTY/BAJON, p. 258 ; EGLOFF, p. 714.

Cependant, la notion d' « article irremplaçable » n'est pas couverte par la loi sur les cartels en vigueur¹³⁷.

225 La Commission européenne, quant à elle, estime que pour déterminer le marché pertinent pour les publications scientifiques, il convient de tenir compte non seulement du caractère substituable du produit mais aussi d'autres critères (tels que le cercle de clients, la discipline et l'accès aux auteurs et éditeurs), et elle refuse résolument toute restriction de la notion de marché à des revues voire des articles isolés.¹³⁸

226 Cette perspective implique que, selon le droit en vigueur, les éditeurs scientifiques n'ont généralement pas de position dominante sur le marché dès lors qu'il existe une concurrence significative dans une discipline donnée. De ce fait, on ne peut généralement pas parler d'obligation de contracter ni de contrôle des prix en référence à l'art. 7 LCart.

IV. Conséquences juridiques de l'absence d'autorisation

1. *Conséquences juridiques pour l'exploitant de l'archive ouverte*

227 Si l'exploitant de l'archive met à disposition des œuvres scientifiques sans disposer des droits nécessaires à cet effet, il viole le droit d'auteur. Dans ce cas, la personne lésée peut invoquer les moyens de recours visés à l'art. 61 ss. LDA. En particulier, l'exploitant de l'archive peut être obligé par procédure juridique de *mettre un terme* aux violations du droits d'auteur qu'il a commises (art. 62 art. 1 let. b LDA), notamment d'éliminer les œuvres concernées dans son archive.¹³⁹

228 L'art. 62 al. 2 LDA prévoit en outre la possibilité d'intenter des actions à caractère pécuniaire, en vertu du code des obligations. En l'occurrence,

¹³⁷ Conformément à la doctrine dominante, on peut certes appliquer aux droits d'auteur la doctrine dite des « essential facilities » : STIRNIMANN, p. 243 s. ; HILTY, Lizenzvertragsrecht, p. 412 ss., 437, et réf. respectives. Néanmoins, la condition en est que l'entreprise disposant des « essential facilities » ait une position dominante sur le marché.

¹³⁸ Commission européenne, affaire n° IV/M.1377 du 15 février 1999, ch. marg. 9–12 ; confirmé dans Commission européenne, affaire n° COMP/M.3197 du 29 juillet 2003, ch. marg. 12–15 (les deux décisions ont été prises dans le cadre de procédures de contrôle de fusions).

¹³⁹ Les autres moyens de recours mis à disposition par la loi sont la constatation (art. 61 LDA), l'interdiction (art. 62 al. 1 lit. a LDA), le droit d'exiger des informations (art. 62 al. 1 lit. c LDA), la confiscation (art. 63 LDA), les mesures provisionnelles (art. 65 LDA) ainsi que la publication du jugement (art. 66 LDA).

la priorité est donnée au *droit de demander des dommages-intérêts*, permettant par ex. à l'éditeur de compenser un manque à gagner provoqué par l'exploitant de l'archive ouverte du fait de la violation du droit d'auteur (art. 62 art. 2 LDA e.r.a. art. 41 ss. OR)¹⁴⁰. Il doit toutefois prouver ce manque à gagner, ce qui peut être très difficile dans la pratique car il est délicat d'établir un lien de causalité entre l'action de l'exploitant de l'archive et les pertes de la maison d'édition.

229 *A qualité pour intenter action* la personne titulaire de la partie du droit d'auteur qui a été violée (art. 62 al. 1 LDA) ou d'une licence exclusive sur celle-ci (art. 62 al. 3 LDA). La publication de l'œuvre dans une archive ouverte concerne les droits en ligne (cf. ci-avant ch. marg. 175), qui sont habituellement détenus par l'auteur ou par l'éditeur. En général, l'auteur ou la maison d'édition sont habilités à intenter une action. Dans le cas d'une œuvre collective, tous les co-auteurs peuvent intenter individuellement, mais uniquement pour le compte de tous (art. 7 al. 3 LDA).

230 Les *défendeurs* potentiels sont non seulement l'exploitant de l'archive ouverte mais aussi d'autres personnes qui ont participé à la violation du droit d'auteur. En d'autres termes, non seulement l'auteur principal de la violation, mais aussi l'instigateur ou le complice peuvent être poursuivis (cf. art. 50 al. 1 CO)¹⁴¹. Si les droits en ligne sur une œuvre sont détenus par l'éditeur et si malgré cela l'auteur a publié l'œuvre dans une archive ouverte, une action peut être intentée contre l'exploitant de l'archive mais aussi contre l'auteur. L'exploitant et l'auteur assument solidairement les éventuels dommages-intérêts (art. 50 al. 1 CO). Le plaignant peut choisir contre qui il intente une action et s'il demande à cette personne tout ou seulement partie des dommages-intérêts (art. 144 al. 1 CO).

231 La publication dans une archive ouverte peut violer des *droits autres* que les droits d'auteur. Par exemple, si un article porte atteinte à la réputation d'un tiers, il s'agit d'une atteinte illicite à la personnalité (art. 28 CC). Entrent également dans ce champ les contenus qui contreviennent à la pro-

¹⁴⁰ L'art. 62 al. 2 LDA couvre également la réparation du tort moral (art. 49 CO) et la remise du gain (art. 423 CO). Il est en outre possible d'intenter une action au motif de l'enrichissement sans cause légitime aux dépens d'autrui (art. 62 ss. CO) : BARRELET/EGLOFF, art. 62 ch. marg. 17.

¹⁴¹ BARRELET/EGLOFF, art. 62 ch. marg. 5 ; dazu auch RUBLI, ch. marg. 112 ss.

tection des données, au droit des signes distinctifs (par ex. droit des marques) ou au droit pénal¹⁴².

2. **Transfert des conséquences juridiques**

a) *Recours contre l'auteur*

232 L'exploitant de l'archive ouverte peut se garantir par contrat, vis-à-vis de l'auteur, contre les conséquences financières des violations de droits de tiers. Pour cela, il suffit d'intégrer une clause dans laquelle l'auteur s'engage à assumer seul les conséquences d'éventuels recours de tiers, c.-à-d. que les éventuels coûts ou dommages-intérêts seraient exclusivement supportés par l'auteur et non par l'exploitant¹⁴³.

233 Dans la pratique, il faut savoir qu'un tel transfert du risque sur les auteurs peut réduire l'attrait de l'archive ouverte car moins d'auteurs seraient alors prêts à déposer leurs publications sur cette archive¹⁴⁴. Au vu de ce qui précède, il ne ressort pas toujours clairement des contrats d'édition conclus entre l'éditeur et l'auteur si celui-ci est habilité à publier son œuvre en parallèle dans une archive ouverte (cf. ci-avant, de façon détaillée, ch. marg. 65 ss.). C'est pourquoi la répartition du risque en cas de violation du droit est un point central dans l'accord entre l'auteur et l'exploitant de l'archive.

234 Si l'exploitant de l'archive ouverte et l'auteur *n'ont rien convenu sur la responsabilité en cas de violation du droit*, l'exploitant ne peut se retourner contre l'auteur que dans la mesure où celui-ci est coresponsable de la violation du droit d'auteur (et où il peut être poursuivi à ce titre). Généralement, une telle coresponsabilité est réputée exister lorsque le dépôt a été effectué par l'auteur lui-même ou avec son accord. La répartition de la responsabilité entre l'exploitant et l'auteur est appréciée par le juge (art. 50 al. 2 CO).

¹⁴² A propos de la responsabilité de l'exploitant de l'archive, voir M. P. WEBER, p. 149 ss. (pour le droit allemand).

¹⁴³ JONES/ANDREW/MACCOLL, p. 150, recommandent à l'exploitant de prévoir une telle clause.

¹⁴⁴ Cf. HANSEN p. 387 : « [...] de nombreux scientifiques sont rebutés par l'auto-archivage uniquement à cause d'une situation juridique qui ne leur apparaît pas claire, ou qu'ils ont du mal à clarifier dans un cas particulier ».

235 En l'occurrence, l'exploitant de l'archive ouverte est assimilé à un fournisseur de contenu (Content Provider) dont la prestation dépasse le cadre limité de l'enregistrement technique et de la mise à disposition tels qu'ils sont fournis par les fournisseurs d'accès (Access Provider). Or, la responsabilité du fournisseur d'accès n'est engagée que dans la mesure où il a omis de prendre des mesures adaptées pour empêcher les violations du droit¹⁴⁵. Ainsi, on peut attendre de l'exploitant qu'il vérifie la disponibilité des droits d'auteur des diverses œuvres et qu'il s'efforce de remédier aux violations du droit dont il serait informé. En revanche, on ne peut lui demander de prendre connaissance du contenu de toutes les œuvres et de vérifier les éventuelles violations du droit¹⁴⁶.

236 L'auteur est également tenu responsable du comportement de ses travailleurs et des personnes qui lui apportent leur concours (par ex. ses assistants), dans la mesure où ce comportement est lié à l'exercice d'activités professionnelles ou commerciales. L'auteur ne peut se décharger de cette responsabilité que s'il prouve « qu'il a pris tous les soins commandés par les circonstances pour détourner un dommage de ce genre ou que sa diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire » (art. 55 al. 1 CO).

b) Recours contre des salariés

237 La question du recours se pose aussi lorsque la violation du droit d'auteur est imputable au comportement d'un travailleur de l'exploitant de l'archive (par ex. une secrétaire ou un bibliothécaire). Par exemple, une telle violation peut se produire lorsque le travailleur a estimé à tort que l'exploitant disposait du droit d'auteur requis.

238 Fondamentalement, l'exploitant de l'archive est également responsable vis-à-vis des tiers pour les dommages causés par ses travailleurs et auxiliaires (art. 55 al. 1 CO, cf. ci-dessus ch. marg. 236). Toutefois, la responsabilité de l'exploitant n'exclut pas qu'il puisse se retourner contre le travailleur. S'il est prouvé que le préjudice a été causé en tout ou partie par le comportement illicite et fautif du travailleur, celui-ci est responsable

¹⁴⁵ Concernant la responsabilité générale du fournisseur, cf. FRECH, p. 338 ; comparable au droit allemand M. P. WEBER, p. 155, 165.

¹⁴⁶ M. P. WEBER, p. 165. Le principe selon lequel le fournisseur d'accès prend intégralement connaissance des contenus qu'il diffuse (selon R. H. WEBER, Haftung, p. 178 s.), ne peut donc pas être transféré tel quel sur l'exploitant de l'archive.

en tout ou partie du préjudice (art. 55 al. 2 e.r.a. art. 321e CO). Le droit à dommages-intérêts de l'employeur vis-à-vis du travailleur se réduit ou disparaît dans la mesure où le préjudice est imputable à une mauvaise organisation du travail ou de l'entreprise¹⁴⁷.

V. Contexte international

1. *Compétence juridique*

239 Les principes de la compétence juridique dans le contexte international ont déjà été présentés ci-dessus : la juridiction compétente est celle de l'Etat où le défendeur réside ou a son siège. Selon le cas, le for peut aussi être le lieu d'exécution, celui où le dommage s'est produit ou celui où le résultat s'est produit (pour plus de précisions, voir ch. marg. 143 ss.).

2. *Droit applicable*

240 En la matière, on peut aussi se référer à ce qui précède (ch. marg. 151 ss.). Du point de vue de l'auteur, il s'agissait essentiellement de répondre à la question suivante : quel est le droit applicable en cas de procédure de l'éditeur à l'encontre de l'auteur ? Du point de vue de l'exploitant de l'archive ouverte en revanche, il s'agit principalement de procédures à son encontre (s'agissant de distinction entre les relations juridiques entre l'auteur, l'éditeur et l'exploitant de l'archive, voir ch. marg. 184).

241 En règle générale, aucun contrat ne lie l'exploitant de l'archive ouverte et l'éditeur ; en conséquence, les actions intentées par l'éditeur contre l'exploitant ne portent habituellement pas sur des aspects contractuels, mais uniquement sur des questions liées au droit d'auteur. En l'espèce, c'est le principe de la *lex loci protectionis* qui s'applique, à savoir le droit de l'Etat pour lequel la protection des droits de la propriété intellectuelle est revendiquée (cf. ci-avant ch. marg. 157 ss.).

242 Si un éditeur étranger allègue, par exemple, que l'exploitant d'une archive ouverte a violé les droits d'auteur de la maison d'édition en déposant l'œuvre sur un serveur Internet suisse, l'action en cessation doit fondamentalement être jugée selon le droit suisse, même si le dépôt a pour conséquence que l'œuvre peut être consultée dans le monde entier

¹⁴⁷

PORTMANN/STÖCKLI, ch. marg. 212.

(concernant l'application exceptionnelle du droit des Etats où l'œuvre est accessible, voir ci-avant ch. marg. 163 s.).

VI. Conclusion

- 243 Le chapitre D porte sur les questions juridiques soulevées par l'Open Access dans la perspective de l'exploitant d'une archive ouverte. Pour pouvoir déposer une œuvre dans une archive ouverte et la mettre ainsi à la disposition du public, l'exploitant doit disposer des droits nécessaires à cet effet, qui sont généralement détenus par l'auteur ou l'éditeur.
- 244 En l'absence de ces droits, l'exploitant de l'archive ouverte ne peut utiliser des œuvres que dans la mesure où les exceptions prévues par le droit le permettent. A ce titre, la loi autorise l'usage privé d'œuvres – par ex. sur les réseaux internes d'une université (art. 19 al. 1 let. c LDA) – et la fabrication d'exemplaires d'archives (art. 24 art. 1^{bis} LDA). Dans un souci d'exhaustivité, rappelons ici que l'exception de l'utilisation à des fins privées n'existe pas dans cette étendue dans d'autres pays (notamment les Etats membres de l'UE qui sont liés par la Directive 29/2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information).

E. Le point de vue de l'utilisateur

I. Aperçu

- 245 Le postulat de l'Open Access vise en priorité à améliorer la position de l'utilisateur, en lui donnant accès gratuitement à un savoir scientifique le plus large possible. Souvent, l'utilisateur est lui-même un chercheur et il mettra à profit l'accès à des publications scientifiques pour créer de nouvelles publications. En définitive, favoriser l'utilisateur n'est pas une fin en soi, mais une démarche d'intérêt public, afin notamment de garantir la liberté de la science (art. 20 CF).
- 246 Pour pouvoir utiliser des œuvres scientifiques mises à disposition sur Internet, il faut que les droits requis soient disponibles (point II. ci-après). Si l'utilisateur ne dispose pas de l'autorisation nécessaire, il commet une violation du droit d'auteur (III. et IV.). Il convient d'évoquer brièvement la situation juridique dans le contexte international (V.), avant de passer à la conclusion (VI.).

II. Situation initiale en termes de droit d'auteur

1. *Principe de la jouissance libre de l'œuvre*

- 247 Le contenu du droit d'auteur est régi par les al. 9–15 LDA. Toutes les utilisations d'une œuvre ne sont pas couvertes par le droit d'auteur, notamment la jouissance de l'œuvre. Ainsi, lire un texte et écouter un morceau de musique ne constituent pas des utilisations de l'œuvre au sens de l'art. 10 LDA.
- 248 C'est pourquoi l'utilisateur n'a pas besoin d'obtenir l'accord du titulaire du droit d'auteur pour la jouissance de l'œuvre. Acheter une monographie ou une revue scientifique dans une librairie et la lire est donc un acte libre de droit d'auteur¹⁴⁸.

2. *Restrictions en cas d'utilisation sur Internet*

- 249 Le principe de la jouissance libre de l'œuvre est limité en cas d'utilisation de celle-ci sur Internet. En effet, l'utilisation d'œuvres scientifiques sur Internet est généralement associée à des reproductions, qui entrent dans

¹⁴⁸

BARRELET/EGLOFF, art. 10 ch. marg. 6a ; EGLOFF, p. 707 et réf.

le champ du *droit de reproduction* visé à l'art. 10 al. 2 let. a LDA. On entend notamment par reproduction la consultation d'une œuvre à l'écran, son téléchargement sur le disque dur de l'ordinateur de l'utilisateur et la confection d'une impression de l'œuvre.

250 Dans le cadre de la révision de la LDA en 2007, les exceptions ont été modifiées : désormais, la jouissance d'une œuvre sur Internet n'est souvent pas soumise à l'accord du titulaire du droit d'auteur. Les exceptions pertinentes en l'occurrence sont présentées ci-après.

III. Autorisation sur les droits d'auteur requis

1. *Autorisation conférée par les exceptions légales*

a) *Reproductions provisoires*

251 L'art. 24a LDA, introduit dans le cadre de la révision de la loi en 2007, dispose que les reproductions provisoires, exclusivement confectionnées dans le cadre d'un procédé technique, ne sont pas soumises au droit d'auteur. En conséquence, les reproductions réalisées régulièrement, et souvent automatiquement, lorsqu'on travaille sur Internet ne sont pas soumises à l'autorisation du titulaire du droit d'auteur.

252 La lecture d'œuvres scientifiques à l'écran et leur téléchargement constituent des utilisations qui – même si elles sont provisoires – ne sont plus intégralement couvertes par l'art. 24a LDA ; elles présentent au contraire une « signification économique indépendante » (art. 24a let. d LDA).

b) *Usage à des fins privées et usage interne*

253 L'art. 19 al. 1 let. a LDA autorise « toute utilisation à des fins personnelles ou dans un cercle de personnes étroitement liées, tels des parents ou des amis ». Pour un tel usage privé, l'utilisateur n'a donc pas besoin de l'autorisation du titulaire du droit d'auteur. Seules les personnes physiques bénéficient de l'exception de l'usage privé¹⁴⁹. Elle ne s'applique qu'aux œuvres divulguées (art. 19 al. 1 phrase 1 LDA).

254 On parle notamment d'usage privé lorsqu'un chercheur, qui travaille pour son propre compte, copie des articles et ouvrages¹⁵⁰. En revanche, s'il

¹⁴⁹ BARRELET/EGLOFF, art. 19 ch. marg. 8 ; GASSER, Eigengebrauch, p. 50.

¹⁵⁰ GASSER, Eigengebrauch, p. 65 : « recherche à des fins personnelles ».

travaille pour une université ou pour un institut, cette exception ne s'applique plus. On peut alors invoquer une autre exception, plus restrictive, celle de l'usage interne (pour plus de précisions, voir ci-avant ch. marg. 197 ss.). En l'occurrence, on ne plus parler d'un cercle de personnes étroitement liées au sens de l'art. 19 al. 1 let. a LDA, qui utilisent les documents copiés à des fins privées.

255 La reproduction d'œuvres scientifiques par l'utilisateur est certes licite dans le cadre de l'usage privé comme de l'usage interne, même sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur. Cela dit, il existe des différences entre les deux types d'utilisation, dont deux méritent d'être citées :

- Dans la pratique, il est important de savoir qu'au titre de l'usage privé, *la reproduction de la totalité des exemplaires d'œuvres disponibles sur le marché* est licite, ce qui n'est pas le cas dans le cadre de l'usage interne (art. 19 al. 3 let. a LDA), d'autant plus que l'art. 19 al. 3^{bis} LDA n'implique pas une exemption générale (ci-avant ch. marg. 209).
- Fondamentalement, l'usage privé *ne donne pas droit à rémunération* (art. 20 al. 1 LDA), à l'exception des sommes prélevées au titre du droit d'auteur sur les supports vierges propres à l'enregistrement (art. 20 al. 3 LDA). En revanche, l'usage interne est soumis à rémunération (art. 20 al. 2 LDA). Une exception s'applique aux œuvres qui sont consultées ou téléchargées de façon licite sur Internet ou sur des services comparables ; les reproductions confectionnées lors de la consultation de ces œuvres à des fins d'usage interne ne sont pas non plus soumises à rémunération (art. 19 al. 3^{bis} e.r.a. art. 20 al. 2 LDA).

256 La question de savoir si l'autorisation légale de l'usage privé s'applique aussi à des exemplaires de l'œuvre confectionnés ou mis à disposition de façon illicite (« copies piratées ») demeure controversée¹⁵¹. A ce jour, les tribunaux suisses n'ont pas tranché la question. Sachant toutefois que la loi prévoit que *toute utilisation d'œuvres* dans le cadre de l'usage privé n'est pas soumise à rémunération et que cette exception se réfère à l'œuvre immatérielle – sans distinguer à quel support matériel se rap-

151

Avis affirmatif : Message, Ff. 2006, p. 3430 ; BARRELET/EGLOFF, art. 19 ch. marg. 7b ; CHERPILLOD, Schranken, p. 270 s. *Avis négatif* : GASSER, LDA, Art. 19 ch. marg. 10 ; BU, p. 70. Les avis portent généralement sur l'usage privé, sans évoquer l'usage interne.

porte cette utilisation de l'œuvre – le libellé de la loi prêche plutôt en faveur d'une interprétation ouverte.

c) *Exceptions et accès à l'exemplaire de l'œuvre*

257 Les exceptions ci-dessus concernant la reproduction provisoire, l'usage privé et l'usage interne ne favorisent que partiellement le principe de l'Open Access. Elles autorisent certes largement l'utilisateur à reproduire des œuvres scientifiques, ce qui est en fait suffisant pour l'utilisation prévue. Néanmoins, cet usage n'est possible que si l'utilisateur a effectivement accès à un exemplaire de l'œuvre – imprimé ou sous forme numérique. Autrement dit, ces exceptions ne confèrent à l'utilisateur *aucun droit d'accès*¹⁵² (le droit de l'auteur à accéder à l'œuvre conformément à l'art. 14 al. 1 LDA n'est pas non plus utile en l'espèce, voir ci-après ch. marg. 265 s.).

258 Un argument en faveur de l'accès gratuit aux œuvres scientifiques découle des dispositions sur les *mesures techniques* (art. 39a-c LDA), introduites dans le cadre de la révision de la LDA en 2007. La loi entend par mesures techniques « les technologies et les dispositifs tels que les contrôles d'accès, les protections anticopies, le cryptage, le brouillage et les autres mécanismes de transformation destinés et propres à empêcher ou à limiter les utilisations non autorisées d'œuvres et d'autres objets protégés » (art. 39a al. 2 LDA).

259 La loi interdit de contourner les mesures techniques efficaces servant à la protection des œuvres (art. 39a al. 1 LDA), à l'exception des cas où une mesure technique efficace est exclusivement contournée « dans le but de procéder à une utilisation licite » (art. 39a al. 4 LDA)¹⁵³. Cela implique notamment que l'interdiction de contourner les mesures efficaces ne peut être invoquée s'agissant de l'usage privé ou interne. Concernant également les offres payantes, il en résulte au fond un « right to hack » (droit de piratage)¹⁵⁴, qui autorise l'utilisateur à accéder – souvent gratuitement¹⁵⁵ – aux contenus protégés par les mesures techniques.

¹⁵² AUF DER MAUR, Art. 39 ch. marg. 20 s. ; RUBLI, ch. marg. 386 ; cf. également WIELSCH, p. 61 s.

¹⁵³ Sur ce point, le droit suisse est plus favorable à l'utilisateur que le droit européen (trop strict). Pour plus de précisions, voir HILTY, Informationsgesellschaft, p. 978 s.

¹⁵⁴ Même si, au sens juridique strict, l'utilisateur ne bénéficie pas du « droit de contourner » les mesures techniques, mais uniquement du privilège prévu par la loi de pouvoir

- 260 Cependant, cette autorisation de contournement conférée par la loi est fortement limitée par l'interdiction générale de fabriquer et de proposer au public des instruments destinés à contourner les mesures efficaces (par ex. des modes d'emploi ou des programmes informatiques) (art. 39a al. 3 LDA). En définitive, si le commerce de tels instruments est interdit, les utilisateurs ne peuvent exercer leur « right to hack » que s'ils ont acheté des instruments destinés à contourner les mesures efficaces auprès d'un prestataire qui agit dans l'illégalité, ou s'ils disposent eux-mêmes des connaissances techniques nécessaires à cet effet¹⁵⁶. Il semble toutefois possible, dans le cadre de l'art. 19 al. 2 LDA, qu'un bénéficiaire effectif qui n'a pas les connaissances techniques nécessaires puisse recourir à l'aide d'un tiers¹⁵⁷ (avec les obligations qui en découlent en termes de rémunération pour les reproductions confectionnées à cette occasion, art. 20 al. 2 LDA).
- 261 Compte tenu de ces limites strictes, les dispositions relatives au contournement de mesures efficaces de protection ne peuvent pas se substituer à un droit d'accès à proprement parler.

2. **Autorisation concédée par l'auteur**

- 262 Ces exceptions légales autorisent dans une large mesure l'utilisateur à procéder aux reproductions nécessaires à l'utilisation de publications scientifiques, sans toutefois lui concéder un *droit d'accès* à l'exemplaire de l'œuvre (comme cela vient d'être indiqué au ch. marg. 257). Il convient donc d'indiquer dans quelle mesure l'auteur peut fournir à l'utilisateur l'accès requis.
- 263 Dès lors que l'auteur n'a pas déjà cédé son droit de mise à disposition de l'œuvre à un éditeur (art. 10 al. 2 let. c LDA) et qu'il n'est pas tenu par contrat de s'en abstenir, il peut donner à l'utilisateur accès à un exemplaire de l'œuvre via Internet. L'auteur peut procéder ainsi soit directement (par ex. sur son site Internet personnel), soit en passant par un tiers (par ex. en déposant la publication dans une archive ouverte).

contourner ces mesures sans risquer de conséquences juridiques. Concernant la construction juridique dogmatique, voir RUBLI, ch. marg. 458 ss.

¹⁵⁵ L'obligation de rémunération au titre de l'usage privé et de l'usage interne est soumise aux règles générales de l'art. 19 s. LDA.

¹⁵⁶ Pour plus de précisions, voir RUBLI, ch. marg. 466 ss.

¹⁵⁷ Idem dans BARRELET/EGLOFF, Art. 39a ch. marg. 13.

- 264 Il en va de même pour le droit de mise en circulation (art. 10 al. 2 let. b LDA) des exemplaires imprimés de l'œuvre. Si l'auteur dispose de ce droit, il peut vendre ou offrir un tel exemplaire directement (par ex. par envoi postal) ou par l'intermédiaire d'un tiers.
- 265 Il convient d'examiner s'il est possible, dans ce contexte, de faire usage d'un droit de l'auteur qui présente en fait un champ d'application très limité, à savoir le droit *d'accéder à l'exemplaire de l'œuvre* (art. 14 al. 1 LDA)¹⁵⁸. Ce droit d'accès peut par exemple autoriser une artiste-peintre à se rendre chez l'acheteur d'une peinture à l'huile pour photographier son œuvre. L'auteur continue de disposer du droit d'accéder à l'exemplaire de l'œuvre même s'il en a transféré les droits d'utilisation (cf. art. 16 al. 2 LDA).
- 266 Néanmoins, l'hypothèse selon laquelle l'auteur pourrait donner gratuitement accès à l'utilisateur à l'exemplaire de l'œuvre n'est pas utile. Premièrement, ce droit d'accès est réservé à la personne de l'auteur et la question de savoir s'il peut être cédé à une autre personne est controversée dans la doctrine¹⁵⁹. Même s'il était licite que l'auteur cède ce droit d'accès à l'utilisateur, il ne serait pas utile à celui-ci car il n'est impératif que « dans la mesure où cela se révèle indispensable à l'exercice de son droit d'auteur » (art. 14 al. 1 LDA). En d'autres termes, le droit d'accéder à l'exemplaire de l'œuvre ne s'applique que si l'utilisateur bénéficie au minimum d'un autre droit d'auteur partiel, pour l'exercice duquel il peut exiger l'accès à l'œuvre¹⁶⁰. Céder uniquement le droit d'accès à l'exemplaire de l'œuvre ne donnerait donc pas à l'utilisateur un droit d'accès impératif à celle-ci.

3. Autorisation conférée par l'accord de l'éditeur ou de l'exploitant de l'archive ouverte

- 267 Si *l'éditeur* dispose des droits nécessaires à cet effet, il peut également donner à l'utilisateur le droit d'accéder à un exemplaire de l'œuvre. Dans les maisons d'édition traditionnelles, ce droit d'accès est généralement payant.

¹⁵⁸ L'art. 14 LDA est invoqué dans ce contexte par EGLOFF, p. 715, voir ci-après n.b.p. 180.

¹⁵⁹ Cf. le récapitulatif des avis publié par SEEMANN, p. 325.

¹⁶⁰ Selon BARRELET/EGLOFF, Art. 14 ch. marg. 4 (qui étendent également le droit d'accès de l'auteur à des fins d'inventaire de ses œuvres).

- 268 En revanche, un accès gratuit est possible lorsque l'*exploitant d'une archive ouverte* dispose du droit de mise à disposition de l'œuvre.

IV. Conséquences juridiques en cas d'absence d'autorisation

- 269 Au vu de ce qui précède, l'utilisateur est autorisé, dans une large mesure, à faire un usage approprié des publications scientifiques grâce aux exceptions légales (ci-avant ch. marg. 251 ss.). Même s'il contourne des mesures techniques telles que les contrôles d'accès, cela est autorisé par la loi dans la mesure où ce contournement n'est motivé que par l'usage privé ou interne (ci-avant ch. marg. 258 ss.).
- 270 Pour l'utilisateur, le problème n'est pas lié en premier lieu au fait qu'il pourrait commettre une violation du droit d'auteur, mais que l'accès aux publications scientifiques est plus difficile lorsqu'il est associé à des coûts élevés et que les bibliothèques auxquelles il a accès ne disposent pas de la publication recherchée.
- 271 Néanmoins, il convient de se pencher brièvement sur la violation du droit d'auteur par l'utilisateur. Celui-ci commet une telle violation lorsqu'il utilise l'œuvre d'une manière qui n'est couverte ni par les exceptions légales, ni par l'accord du titulaire du droit d'auteur. Cela est par exemple le cas lorsqu'un chercheur employé dans une université copie une œuvre intégralement et pas seulement partiellement (art. 19 al. 3 let. a LDA).
- 272 Dans ce cas, il peut être poursuivi par le titulaire du droit d'auteur, qui dispose des moyens de recours visés à l'art. 61 ss. LDA, notamment les actions en cessation de la violation du droit d'auteur ou en dommages-intérêts (pour plus de précisions, voir ci-avant ch. marg. 227 ss.). Compte tenu de la faible portée de la violation du droit d'auteur par un utilisateur isolé, le titulaire de ce droit n'engagera généralement pas de poursuites judiciaires, ou alors à l'encontre de personnes qui – telles que l'exploitant d'une archive ouverte – peuvent être rendues responsables non pas d'une violation isolée du droit d'auteur, mais d'un grand nombre de violations.

V. Contexte international

- 273 Concernant la détermination du for et du droit applicable, on peut se reporter aux remarques faites précédemment (ci-avant ch. marg. 143 ss.). Dès lors qu'il n'y a pas d'aspects contractuels en jeu, le droit applicable

en matière de violation du droit d'auteur par l'utilisateur est fondamentalement déterminé par le principe de la *lex loci protectionis*, au sens de l'art. 110 al. 1 LDIP (pour plus de précisions, voir ci-avant ch. marg. 157 ss.).

VI. Conclusion

274 Le chapitre E porte sur le point de vue de l'utilisateur concernant la problématique de l'Open Access. Du fait des exceptions légales, l'utilisateur a dans une large mesure l'autorisation d'utiliser des œuvres scientifiques, également sur Internet. Cela dit, il ne peut profiter de ces exceptions que s'il a réellement accès à un exemplaire de l'œuvre. Le problème concernant la manière dont l'utilisateur peut accéder à un prix approprié à une publication scientifique n'est pas couvert par la loi sur le droit d'auteur en vigueur.

F. Hypothèses de lege ferenda

I. Aperçu

- 275 Le présent chapitre est consacré à la question de savoir si le principe de l'Open Access pourrait être favorisé par des amendements législatifs, et si oui de quelle manière. Diverses hypothèses sont à l'étude. Ainsi, l'accès au savoir scientifique pourrait être amélioré en modifiant la situation juridique de l'utilisateur, du médiateur de l'œuvre (l'exploitant d'une archive ouverte) ou de l'auteur.
- 276 Il porte principalement sur une modification de la loi sur le droit d'auteur (ci-après au point II.). Par ailleurs, des amendement du droit contractuel (III.) et du droit des cartels (IV.) sont envisagés. Une synthèse des divers aspects examinés figure dans la conclusion (V.).

II. Exceptions prévues dans le droit d'auteur

1. *Au profit de l'utilisateur*

- 277 La législation en vigueur comporte déjà un certain nombre d'exceptions permettant à l'utilisateur de faire usage d'œuvres scientifiques à des fins de recherche. En l'occurrence, il suffit généralement de pouvoir consulter une publication à l'écran, de la charger sur son ordinateur personnel et de l'imprimer. Dès à présent, les reproductions y relatives sont fondamentalement licites du fait des licences accordées par la loi au titre de l'usage interne (art. 19 al. 1 let. a et c LDA ; pour plus de précisions, voir ci-avant ch. marg. 253 ss.).
- 278 Néanmoins, la licence légale de l'usage interne pourrait être améliorée sur certains points au profit de l'Open Access. A l'instar de l'usage privé, on pourrait demander par exemple pour l'usage interne qu'une copie de la totalité de l'œuvre puisse être systématiquement confectionnée (cf. les restrictions de l'art. 19 al. 3 let. a LDA dans le droit actuel, voir ci-avant ch. marg. 207 ss.).
- 279 Indépendamment du fait qu'il convient toujours d'examiner si une telle exception « améliorée » reste adaptée compte tenu des intérêts en présence (notamment ceux des éditeurs scientifiques), il faut savoir qu'une telle hypothèse n'est pas utile en définitive. En effet, l'utilisateur ne peut faire usage de cette exception que s'il dispose d'un accès à un exem-

plaire de l'œuvre, l'exception en soi ne lui conférant pas de droits d'accès (voir ci-avant ch. marg. 257 ss.).

2. ***Au profit de l'exploitant de l'archive ouverte***

a) *Licence légale*

280 Pour faciliter l'accès de l'utilisateur aux exemplaires de publications scientifiques, il faudrait envisager un amendement législatif au profit de la partie prenante susceptible de permettre cet accès, à savoir l'exploitant de l'archive. Dans ce sens, il convient de se concentrer non pas sur le libre accès à l'œuvre par l'utilisateur, mais sur sa *libre mise à disposition par l'exploitant de l'archive ouverte*.

281 Ici aussi, une exception au profit de l'exploitant de l'archive ne conférerait pas à celui-ci de droit d'accès à l'exemplaire de l'œuvre. Mais contrairement à un utilisateur isolé, l'exploitant aura plus facilement les moyens financiers d'acquérir un exemplaire de l'œuvre, même à un prix élevé. En plus, il suffirait qu'un exploitant acquière un accès licite à un exemplaire de l'œuvre et qu'il mette celle-ci à la disposition du public, pour que les autres exploitants puissent alors déposer l'œuvre dans leurs archives ouvertes en invoquant cette exception.

282 Si, dans ce sens, l'exploitant d'une archive ouverte pouvait *mettre librement des publications scientifiques à la disposition du public sans l'accord du titulaire des droits* (c.à.d. sans tenir compte des intérêts de l'éditeur), cela améliorerait de façon décisive l'accessibilité de ces publications.

283 Il convient toutefois de tenir compte du fait que les exceptions légales doivent respecter le droit international, et notamment le test en trois étapes. Celui-ci prescrit que les exceptions doivent 1) être limitées à certains cas spéciaux, 2) ne pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et 3) ne pas causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit d'auteur¹⁶¹.

284 Dans ce contexte, une exception ne pourrait pas consacrer la mise à disposition générale de toutes les publications scientifiques – indépendamment du fait qu'une telle revendication « maximaliste » n'aurait aucune

¹⁶¹ Art. 9 al. 2 CBR, art. 13 ADPIC, art. 10 Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur.

chance de passer au niveau politique ; il convient au contraire de délimiter soigneusement son domaine d'application.

- 285 Cela sera fait ci-après, en s'appuyant sur le test en trois étapes et en s'inspirant des interprétations les plus récentes, notamment celles énoncées dans la « Declaration for a Balanced Interpretation of the Three-Step Test », sur lesquelles se fonde implicitement la jurisprudence récente du Tribunal fédéral¹⁶². Un aspect est fondamental en l'occurrence : les trois étapes ne doivent pas être examinées de façon isolée, c. - à - d. indépendamment l'une de l'autre ; il faut au contraire les prendre en compte dans le cadre d'une évaluation globale, en tant que facteurs intimement liés :
- 286 On peut estimer être en présence d'un *cas spécial* (étape 1) lorsqu'il existe une autorisation fondamentale de limitation du droit d'auteur¹⁶³. Une telle autorisation en faveur du postulat de la liberté d'accès du public aux publications scientifiques résulte du droit fondamental de la liberté de la science (art. 20 CF)¹⁶⁴.
- 287 Dès lors, il convient de s'assurer que cette limitation ne porte pas atteinte à *l'exploitation normale de l'œuvre* (étape 2). Dans le secteur de l'édition, l'exploitation normale de l'œuvre consiste fondamentalement à imprimer des exemplaires et à les mettre en circulation. Cela dit, les médias en ligne peuvent porter atteinte à cette exploitation. Dans le domaine numérique, la question d'une atteinte potentielle à l'exploitation normale ne peut pas être associée au média ; il faut au contraire se demander si l'exception entraînerait ou non un manque à gagner significatif¹⁶⁵.
- 288 Pour garantir une exploitation normale dans le sens ci-dessus, il faudrait limiter une telle exception aux articles parus dans des *revues* et prévoir une *période de carence*¹⁶⁶. Les revues sont plus ou moins liées à l'actualité et leur exploitation normale se fait principalement pendant une

¹⁶² ATF 133 III 473 ss. C. 6 ; voir aussi HANSEN, p. 385 s. Texte original anglais de la Déclaration dans IIC 2008, p. 707 ; traduction allemande sous : www.ip.mpg.de/www/de/pub/aktuelles/declaration_on_the_three_step_declaration.cfm.

¹⁶³ SENFTLEBEN, p. 207.

¹⁶⁴ HANSEN, p. 385.

¹⁶⁵ SENFTLEBEN, p. 208 s.

¹⁶⁶ Idem dans SANDBERGER, p. 822 (en partie dans l'application de l'étape 1 du test) ; HANSEN, p. 382, p. 385 s. (période de carence), p. 384 (limitation à des périodiques).

durée donnée après leur publication. Aussi peut-on limiter l'exploitation normale de revues scientifiques à une certaine durée, même si leur exploitation peut se poursuivre au-delà de celle-ci, par ex. dans des archives en ligne. La durée après laquelle les articles scientifiques sont « dépassés » varie d'une discipline à l'autre. C'est pourquoi il n'est pas aisé de définir une période de carence générale adaptée à tous les cas¹⁶⁷. Un délai *d'une année* est proposé dans le présent avis de droit.

289 Il est important que l'exception légale ne bénéficie pas directement à l'utilisateur mais au médiateur de l'œuvre, et notamment à l'exploitant de l'archive, car celui-ci se trouve potentiellement en concurrence avec le titulaire des droits. Mais cet état de fait ne suffit pas pour conclure qu'une telle exception est illicite¹⁶⁸. Ainsi, la législation en vigueur prévoit d'ores et déjà de telles exceptions, par ex. le droit de faire voir ou entendre des émissions simultanément et sans modification (art. 37 let. b e.r.a. art. 22 al. 1 LDA), ce qui permet notamment l'organisation de « public viewings » (projections publiques) de matches de football¹⁶⁹ ; cette exception ne bénéficie pas non plus directement à l'utilisateur mais au médiateur de l'œuvre. Dès cette deuxième étape, il convient de tenir compte du fait que la rémunération qui sera versée par l'utilisateur effectif permettra de compenser, au moins en partie, le préjudice subi par le titulaire des droits.

290 Enfin, une exception légale ne peut pas causer de préjudice injustifié aux *intérêts légitimes du titulaire du droit d'auteur* (étape 3). A cette étape, il s'agit de garantir le caractère proportionné de l'intervention en tenant compte de cet aspect. Par exemple, l'exception ne doit pas dépasser le cadre de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif visé. Différents aspects doivent être examinés pour vérifier la proportionnalité de l'exception :

- *Obligation de rémunération*. Pour limiter les inconvénients résultant d'une exception légale pour le titulaire des droits, notamment les maisons d'édition scientifiques, il convient de définir une obligation de rémunération¹⁷⁰. Ainsi, l'exception prend la forme d'une licence

¹⁶⁷ Cf. HILTY, Urheberrecht und Wissenschaft, p. 192.

¹⁶⁸ HILTY, Zwangslizenzen, p. 637.

¹⁶⁹ BARRELET/EGLOFF, art. 22 ch. marg. 3.

¹⁷⁰ SANDBERGER, p. 822 ; HANSEN, p. 386.

légale ; une rémunération adaptée doit être fixée dans les tarifs des sociétés de gestion (cf. art. 46 s. LDA). De ce fait, le titulaire des droits n'a pas d'influence directe sur le montant de la rémunération, qui est au contraire définie dans le cadre d'une procédure formalisée (art. 55 ss. LDA).

- *Limitation à des œuvres financées par des crédits publics.* S'agissant de travaux qui ont été essentiellement financés par des crédits publics, l'accès du public aux œuvres scientifiques présente souvent un intérêt supérieur à celui lié au droit d'exploitation des éditeurs. Les dispositions légales doivent être limitées à ces œuvres¹⁷¹.
- *Limitation à une utilisation non commerciale.* L'exception doit bénéficier uniquement aux médiateurs non-commerciaux de publications scientifiques.
- *Limitation à un cercle donné de personnes ?* Dans le droit allemand, une exceptions similaire est limitée à un cercle de personnes utilisant l'œuvre « pour leur propres recherches scientifiques »¹⁷². Cela dit, une telle limitation est difficile à appliquer si l'on souhaite impliquer toute la communauté scientifique, et non pas se limiter à l'échange interne d'informations au sein des universités, institutions ou groupes de chercheurs¹⁷³. Dans ce contexte, conformément au postulat de l'Open access, il vaut mieux privilégier une mise à disposition au public en général même si cela suppose des tarifs plus élevés, de façon à répondre aux intérêts légitimes du titulaire des droits.

291 Au vu de ce qui précède, la proposition d'exception légale formulée ci-après pourrait favoriser le principe de l'Open Access¹⁷⁴ :

¹⁷¹ HILTY, Urheberrecht und Wissenschaft, p. 191 ; SANDBERGER, p. 822 (dans l'application de l'étape 1).

¹⁷² Voir § 52a al. 1 n° 2 de la loi allemande sur le droit d'auteur : « La mise à disposition de parties publiées d'une œuvre, d'œuvres de faible étendue ainsi que d'articles isolés parus dans un journal ou une revue, exclusivement à un cercle restreint et spécifique de personnes pour leurs propres recherches scientifiques est licite, dans la mesure où elle est justifiée par l'objectif visé et ne poursuit pas d'objectifs commerciaux. »

¹⁷³ La disposition allemande est interprétée de façon restrictive et ne couvre pas la mise à disposition dans tout un département ou toute une université : HECKMANN/WEBER, p. 996 et réf.

¹⁷⁴ Comparable aux propositions de HANSEN, p. 384, et de HILTY, Urheberrecht und Wissenschaft, p. 192, pour le droit allemand (cette dernière proposition ne porte pas sur une exception mais sur des dispositions au niveau du droit d'auteur).

¹ *Les œuvres scientifiques publiées dans des revues, qui ont été essentiellement financées par des subventions publiques à la recherche, peuvent être mises à la disposition du public à l'issue d'un délai d'un an après leur publication, à condition qu'aucun objectif commercial ne soit poursuivi.*

² *Les personnes qui mettent à disposition les œuvres visées à l'alinéa 1 sont tenues de verser une rémunération au titulaire des droits. Les droits à rémunération ne peuvent être exercés que par les sociétés de gestion agréées.*

b) *Licence obligatoire*

292 Contrairement à la licence légale, la licence obligatoire n'entraîne ni une autorisation légale directe d'utilisation, ni une obligation de rémunération dans le cadre d'un tarif. Cette licence légale implique – ni plus, ni moins – que la loi oblige le titulaire des droits à accorder une licence d'utilisation de l'œuvre à toute personne intéressée qui remplit les conditions fixées ; néanmoins, les conditions – et notamment la contrepartie – sont librement négociables, ou bien fixées par le tribunal en cas de litige¹⁷⁵.

293 La figure juridique de la licence obligatoire n'est pratiquement plus utilisée aujourd'hui. Actuellement, la LDA ne contient plus qu'une seule licence obligatoire, à l'art. 23, et celle-ci n'a qu'une faible portée. Cet instrument juridique est en perte de vitesse depuis l'avènement de l'utilisation de masse non contrôlée des œuvres, qui a été compensée par le système de gestion collective via des sociétés de gestion. Les modèles d'affaires actuels qui se fondent sur l'association d'une mise à disposition en ligne et de mesures techniques de protection ont rendu aux titulaires des droits le contrôle, au moins partiel, sur l'utilisation de leurs œuvres. C'est pourquoi la licence obligatoire – une restriction de la liberté contractuelle qui s'était avérée très utile par le passé – entre à nouveau en ligne de compte¹⁷⁶.

294 Dans ce contexte, l'introduction d'une licence obligatoire spécialement axée sur les besoins scientifiques vaut la peine d'être envisagée. Dans la perspective du test en trois étapes, elle pourrait être limitée par des critè-

¹⁷⁵ REHBINDER, Urheberrecht, ch. marg. 141 ; BARRELET/EGLOFF, Art. 19 ch. marg. 2.

¹⁷⁶ Pour plus de précisions, voir HILTY, Zwangslizenzen, p. 641.

res analogues à ceux évoqués pour la licence légale¹⁷⁷ (ci-avant ch. marg. 283 ss.).

- 295 Par rapport à la licence légale, la licence obligatoire aurait pour avantage principal que la rémunération ne serait pas régie de façon stricte par des tarifs, mais qu'elle pourrait être négociée avec le titulaire des droits – pour les publications scientifiques, il s'agirait généralement d'un éditeur – et tiendrait donc compte plus équitablement des intérêts en présence¹⁷⁸. Cela implique notamment qu'en cas de compensation financière adaptée, on pourrait se passer de période de carence. Pour garantir son efficacité, la licence obligatoire pourrait par ailleurs être associée à des mesures judiciaires (par ex. des garanties en cas de litige sur la rémunération, qui permettraient d'obtenir une autorisation immédiate).

III. Droit contractuel impératif

1. *Au profit de l'auteur*

- 296 Une autre hypothèse permettant de promouvoir le principe de l'Open Access, et notamment la « voie verte » (cf. ci-avant ch. marg. 12 ss.), consisterait à introduire une disposition impérative sur la relation entre l'auteur et l'éditeur¹⁷⁹. En l'espèce, les dispositions du CO régissant le contrat d'édition seraient plus adaptées que celles de la LDA.
- 297 Une disposition exclusivement axée sur la mise en œuvre du principe de l'Open Access pourrait consister à *exclure de façon impérative la transférabilité des droits en ligne sur les publications scientifiques* ; de ce fait, seule une licence sur ces droits pourrait être cédée à un éditeur (s'agissant de la différence entre transfert des droits et licence, cf. ci-avant ch. marg. 65 ss.). Dans cette hypothèse, l'auteur disposerait plei-

¹⁷⁷ Concernant l'applicabilité du test en trois étapes aux licences obligatoires, voir HILTY, Zwangslizenzen, p. 642.

¹⁷⁸ HILTY, Zwangslizenzen, p. 640 s. Réaction critique de HANSEN, p. 383, selon lequel cette hypothèse présente un point faible : la question financière serait en définitive tranchée par les tribunaux.

¹⁷⁹ Voir les propositions correspondantes à propos du droit allemand chez HILTY, Urheberrecht und Wissenschaft, p. 192, et HANSEN, p. 387. Ces propositions ont été admises par le Bundesrat, mais n'ont pas été suivies par le gouvernement fédéral ; pour plus de précisions, voir HECKMANN/WEBER, p. 995 ss.

nement des droits requis pour déposer son œuvre dans une archive ouverte¹⁸⁰.

- 298 Sachant que les dispositions du CO régissant le contrat d'édition sont aujourd'hui systématiquement dispositives, cette approche impérative serait une nouveauté ; cela ne serait pas un obstacle en soi au niveau dogmatique, mais compliquerait certainement la mise en œuvre politique. Dans l'absolu, on peut se demander si le législateur serait disposé à réviser les dispositions du CO régissant le contrat d'édition, inchangées depuis 1911.
- 299 Dans ce contexte, il semble judicieux de privilégier une solution qui irait moins loin et s'appuierait sur les dispositions actuelles. La proposition suivante constituerait une intervention minimale dans la législation actuelle mais serait très favorable au postulat de l'Open Access : déclarer *impératif* l'art. 382 al. 3 CO *pour les œuvres scientifiques*¹⁸¹.
- 300 Même en cas de disposition contractuelle divergente, trois mois après la divulgation d'articles ou de travaux faisant partie d'une œuvre collective, l'auteur pourrait les publier ailleurs, donc également les déposer dans une archive ouverte (pour plus de précisions sur l'art. 382 al. 3 CO, voir ci-avant ch. marg. 90 ss.). Sachant que ce délai de trois mois est relativement court, on pourrait fixer dans la disposition impérative un délai de six mois ou d'un an.
- 301 Une telle proposition, axée sur la personne de l'auteur, présente un inconvénient : elle ne favorise le principe de l'Open Access que si l'auteur fait effectivement usage de son droit de dépôt dans une archive ouverte¹⁸² (ou s'il y est obligé par le droit de l'enseignement supérieur, cf. ci-après ch. marg. 302 s.). En cas d'exception légale toutefois, l'exploitant de l'archive ouverte ne serait pas tributaire de l'auteur, mais pourrait déposer les œuvres de celui-ci de sa propre initiative.

¹⁸⁰ Dans le même sens, voir EGLOFF, p. 715, qui – en complément de l'art. 14 LDA – propose une disposition impérative au profit de l'auteur travaillant dans le domaine scientifique, visant à lui permettre de déposer son œuvre sur son site Internet personnel ou sur celui de l'institut pour lequel il travaille, même s'il a transféré les droits d'utilisation de l'œuvre.

¹⁸¹ Favorable de façon générale aux dispositions spécifiques au secteur scientifique dans le droit d'auteur, HILTY, Sündenbock Urheberrecht?, p. 128 s.

¹⁸² EGLOFF, p. 712.

2. *Au profit de l'exploitant de l'archive ouverte*

302 Une autre hypothèse concerne la relation entre l'auteur et l'exploitant de l'archive. Si l'auteur est employé par un exploitant d'archive de droit public (par ex. une université), il serait possible de contraindre l'auteur, par des dispositions légales impératives, à déposer ses œuvres dans l'archive de son employeur, ou dans une autre archive ouverte¹⁸³. Pour les écoles polytechniques fédérales, une telle disposition pourrait être ancrée dans la loi sur les EPF¹⁸⁴ ; pour l'université de Zurich, dans la loi cantonale universitaire¹⁸⁵.

303 D'emblée, cette démarche ne pourrait entrer en ligne de compte que lorsqu'il existe une relation de travail de droit public entre l'exploitant de l'archive et l'auteur. Des telles limitations impératives du pouvoir de disposition de l'auteur sur ses œuvres sont-elles pertinentes ? On peut en douter. Elles constituent non seulement une dégradation des conditions de travail de l'auteur, mais affaiblissent en outre sa position par rapport aux éditeurs (pour plus de précisions, voir ci-avant ch. marg. 187 ss.). Par ailleurs, elles soulèvent des réserves constitutionnelles par rapport à la garantie de la liberté de la science (art. 20 CF)¹⁸⁶.

IV. **Droit des cartels**

304 Les explications sur le droit des cartels ont montré que les éditeurs scientifiques – même s'ils commercialisent des revues jugées « irremplaçables » du point de vue scientifique – ne sont généralement pas considérés comme des entreprises ayant une position dominante sur le marché au sens de l'art. 7 LCart ; de ce fait, ils ne sont pas soumis au contrôle d'éventuels abus (pour plus de précisions, voir ci-avant ch. marg. 218 ss.). Une autre proposition dans l'intérêt des scientifiques consisterait à faire davantage pression sur les éditeurs au niveau de la fixation des prix ; elle exigerait toutefois une adaptation des notions fondamentales

¹⁸³ Dans le même sens, PFLÜGER/ERTMANN, p. 441 s., qui proposent qu'un auteur employé dans un établissement d'enseignement supérieur soit tenu de proposer son œuvre à celle-ci pour publication ; si celle-ci n'est pas publiée par l'établissement dans un délai de deux mois, l'auteur peut alors en disposer librement. Commentaires exhaustifs et critiques (justifiées) sur cette proposition, HANSEN, p. 379 ss.

¹⁸⁴ Loi sur les EPF, RS 414.110.

¹⁸⁵ Loi universitaire du Canton de Zurich (numéro d'ordre 415.11).

¹⁸⁶ SANDBERGER, p. 820 s. ; DORSCHER, p. 243 ss. ; HANSEN, p. 379 s. ; HILTY/BAJON, p. 262.

du droit des cartels et dépasserait par conséquent le cadre du présent avis de droit.

V. Conclusion

305 Le chapitre F porte sur des amendements législatifs potentiels. Différentes hypothèses sont envisageables pour faciliter l'accès aux publications scientifiques.

306 La manière la plus simple d'adapter le concept actuel de la LDA serait d'y introduire une *licence légale*, qui permettrait sous certaines conditions à l'exploitant d'une archive ouverte de mettre des œuvres à la disposition du public sans l'accord du titulaire des droits.

307 Entrerait également en ligne de compte la figure juridique de la *licence obligatoire* qui, de prime abord, semble aller plus loin que la première hypothèse. En y regardant de plus près, on constate qu'elle tient davantage compte des intérêts de l'éditeur, qui ne serait plus tenu de passer par les sociétés de gestion collective mais uniquement de conclure un contrat (individuel) de licence. L'intérêt général semble lui aussi mieux pris en compte car la mise à disposition des mêmes contenus par plusieurs sources permettrait de créer une situation de concurrence qui fait souvent défaut aujourd'hui. Ainsi, une telle licence obligatoire ne favoriserait pas d'emblée le principe de l'Open Access. Les preneurs d'une licence obligatoire ne pourraient pas proposer ces contenus gratuitement, à moins qu'il ne s'agisse des pouvoirs publics, qui seraient prêts à supporter les coûts occasionnés par un tel « modèle commercial » même en libre accès.

308 Une autre proposition axée sur la personne de l'auteur mérite d'être examinée : le dispositif en vigueur dans les dispositions du CO régissant le contrat d'édition, selon lequel des articles peuvent être publiés ailleurs (et notamment dans une archive publique) trois mois après leur parution, pourrait être déclaré impératif pour les œuvres scientifiques.

G. Conclusion

I. Objet de l'avis de droit

309 Le présent avis de droit présente le cadre juridique qui s'applique à l'accès aux publications et autres données scientifiques. Il porte en priorité sur les questions relatives aux archives ouvertes, c.-à-d. aux serveurs Internet exploités dans le but de mettre gratuitement à disposition des publications scientifiques.

II. Fondements

310 Au sens du présent avis de droit, on entend par « Open Access » l'accès gratuit à la connaissance scientifique via Internet. Un tel accès vise en premier lieu à garantir le principe de la liberté de la recherche et un haut niveau de qualité en la matière. La question de l'archivage pérenne entre également en ligne de compte en l'occurrence.

311 L'avis de droit porte en priorité sur la « voie verte », c.-à-d. la publication d'œuvres en parallèle par des éditeurs traditionnels et dans des archives ouvertes. Il n'aborde que de façon marginale les conditions liées à la « voie dorée », c.-à-d. la publication exclusive ou principale d'une œuvre dans un produit média en libre accès car, dans ce cas, l'auteur a opté d'emblée pour cette solution.

312 Les fondements pertinents du droit sont principalement la loi sur le droit d'auteur, le droit de la concurrence et le droit contractuel. Il convient également de tenir compte du droit international privé ; dans le cas de relations internationales, il permet de déterminer le droit applicable qui, souvent, n'est pas le droit suisse. D'autres domaines du droit peuvent entrer en ligne de compte pour les publications scientifiques, notamment le droit constitutionnel, le droit pénal et le droit public.

III. Le point de vue de l'auteur

313 La création de l'œuvre confère à son auteur l'ensemble des droits d'auteur sur celle-ci. Il est libre de divulguer ou non son œuvre et, dans l'affirmative, de le faire dans une archive ouverte (« voie dorée »), en passant par un éditeur traditionnel, ou de faire les deux en parallèle

(« voie verte ») dès lors qu'il s'est réservé les droits nécessaires par rapport à l'éditeur.

314 La conclusion d'un contrat d'édition entre l'auteur et la maison d'édition suppose que les deux parties s'accordent sur les aspects essentiels de la publication de l'œuvre. Les CGV sont elles aussi soumises à l'accord des deux parties, en d'autres termes les CGV d'une partie ne s'appliquent pas automatiquement à l'autre partie, mais seulement si celle-ci les a acceptées.

315 Lorsque les parties ont conclu un contrat d'édition, les dispositions du CO régissant les contrats d'éditions s'appliquent, dans la mesure où les parties n'ont pas convenu de dispositions divergentes. La loi ne contient pas seulement des règles sur le transfert des droits (art. 381 al. 1 CO), mais aussi sur l'exercice de ceux-ci (art. 382 CO). S'agissant de l'autorisation de déposer une œuvre dans une archive ouverte, il convient de distinguer trois cas de figure :

- Les articles scientifiques parus dans une revue et les travaux faisant partie d'une œuvre collective, qui traitent un sujet de façon approfondie, peuvent être déposés dans une archive ouverte au plus tôt trois mois après la date de publication (art. 382 al. 3 CO).
- Les articles en rapport avec l'actualité peuvent toujours publiés ailleurs, c.-à-d. sans période de carence (art. 382 al. 2 CO).
- Les autres œuvres, notamment les monographies et les manuels, ne peuvent pas en principe être déposées par l'auteur dans une archive ouverte ; à moins qu'il ne s'agisse d'une version de l'œuvre qui ne peut pas faire l'objet de citations correctes (les conditions variant d'une discipline à l'autre) et ne constitue donc pas une concurrence directe à la version de l'éditeur (art. 382 al. 1 CO).

316 Comme cela est indiqué plus haut, les parties sont libres de déroger aux dispositions du CO régissant le contrat d'édition. Si elles ont conclu une convention sur le transfert des droits, les art. 381 et 382 CO notamment ne sont pas applicables. Les parties sont libres de définir elles-mêmes des dispositions pour le dépôt de l'œuvre dans une archive ouverte. Les conventions interdisant par exemple à l'auteur de déposer son œuvre dans une archive ouverte sont licites ; de même que celles l'autorisant à publier l'œuvre sur son site Internet personnel, mais pas ailleurs ; idem

pour les dispositions permettant la publication du manuscrit accepté de l'auteur, mais pas de la version PDF de l'éditeur.

317 En l'absence de convention sur la version PDF de l'éditeur, l'auteur peut utiliser celle-ci librement à condition qu'il dispose des droits nécessaires sur l'œuvre. Les droits sur les signes distinctifs demeurent toutefois réservés (par ex. sur le logo d'un éditeur protégé par le droit des marques). Selon le présent avis de droit, en vertu de l'art. 5 let. c LCD, il n'existe pas de protection de la version PDF de l'éditeur (en tant que prestation de l'éditeur) qui empêcherait l'auteur de l'utiliser. Cela dit, il n'est pas exclu qu'un tribunal rende un avis contraire.

318 Si les parties ont conclu le contrat avant que les possibilités offertes par l'Internet ne soient communément connues (1995 env.), on peut se demander s'il couvre également les droits en ligne. Il faut alors procéder à une interprétation. Si le contrat prévoit par exemple le transfert de « l'ensemble des droits d'auteur », cela englobe les droits en ligne qui n'étaient pas connus à l'époque. Le droit suisse ne prévoit pas d'interdiction de cession de droits inconnus.

319 Au vu de ce qui précède, dans le cadre des dispositions du CO régissant le contrat d'édition, les parties sont tout à fait libres de prévoir la possibilité de la « voie verte », à savoir assurer le dépôt de l'œuvre dans une archive ouverte en plus de sa publication par l'éditeur. Néanmoins, l'usage réel de cette liberté contractuelle dépend dans une large mesure du poids de la maison d'édition ou de l'auteur sur le marché. Dans la pratique, les éditeurs imposent en général unilatéralement leurs conditions contractuelles.

320 Si une œuvre entrant dans le champ du droit d'auteur a été créée par plusieurs personnes, tout contrat sur cette œuvre est soumis à l'accord de l'ensemble des coauteurs. Ceux-ci peuvent toutefois convenir d'autres conditions d'autorisation (art. 7 al. 2 LDA).

321 Dans le contexte international, il faut tout d'abord vérifier si la juridiction compétente est en Suisse. Si tel est le cas, le droit applicable est défini conformément à la LDIP. En l'occurrence, il convient de distinguer entre les aspects contractuels et ceux liés au droit d'auteur. Les aspects liés au contrat d'édition sont fondamentalement régis par le droit de l'Etat où se trouve l'établissement de l'éditeur (art. 117 al. 2 LDIP). Les aspects liés au droit d'auteur sont soumis au principe de la *lex loci protectionis*, à sa-

voir le droit de l'État pour lequel la protection des droits de la propriété intellectuelle est revendiquée (art. 110 al. 1 LDIP) ; par exemple, s'il est demandé à l'auteur de retirer son œuvre d'un serveur Internet situé en Suisse, c'est le droit suisse qui s'applique. Dans les limites de la LDIP, les parties peuvent aussi définir elles-mêmes le droit applicable.

IV. Le point de vue de l'exploitant d'une archive ouverte

322 Pour pouvoir déposer des œuvres sur son archive, l'exploitant doit disposer du droit de reproduction (art. 10 al. 2 let. a LDA) et du droit de mise à disposition (art. 10 al. 2 let. c LDA) de ces œuvres. En général, aucun droit d'auteur n'est requis en cas de référence à une œuvre au moyen d'un hyperlien.

323 L'exploitant de l'archive peut demander l'autorisation de déposer l'œuvre à l'auteur ou à l'éditeur, selon celui d'entre eux qui détient les droits requis. Si l'éditeur met des œuvres librement à disposition sur Internet, on ne peut en déduire automatiquement que l'exploitant a le droit de déposer l'œuvre en question sur son archive. De même, le fait d'être abonné à une revue (en ligne ou imprimée) ne confère pas non plus ce droit. Si les droits sont détenus par l'éditeur, l'exploitant de l'archive ne peut pas contourner l'obligation de demander l'accord de celui-ci en mettant à disposition une œuvre légèrement modifiée, ou assortie d'une mise en page différente (par ex. sans la pagination de la maison d'édition).

324 Le dépôt d'œuvres n'est pas soumis à l'accord du titulaire des droits lorsqu'il est couvert par une exception légale. En l'occurrence, on peut principalement citer l'exception liée à l'utilisation à des fins privées (art. 19 al. 1 let. c LDA), selon laquelle les organisations scientifiques, et notamment les universités, sont autorisées aux fins d'usage interne à confectionner des exemplaires d'œuvres divulguées et à les mettre à disposition. Cela dit, l'exception de l'usage interne ne s'applique pas à la totalité des exemplaires vendus. Ainsi, il est interdit de mettre à disposition l'intégralité d'un livre au sein d'une université sans l'accord du titulaire des droits.

325 Une autre exception légale permet à l'exploitant d'une archive ouverte de confectionner un exemplaire d'archive de l'œuvre sans l'accord du titulaire des droits (art. 24 al. 1^{bis} LDA). Mais ces exemplaires d'archives ne

peuvent pas être mis à la disposition du public sans l'accord du titulaire des droits.

- 326 En général, l'exploitant d'une archive ouverte ne peut tirer parti du droit des cartels. En principe, les éditeurs ayant une position dominante sur le marché ne peuvent pas refuser d'entretenir des relations commerciales (art. 7 al. 2 let. a LCart), ni imposer des prix ou d'autres conditions commerciales inéquitables (art. 7 al. 2 let. c LCart). Pourtant, en vertu du droit des cartels, les maisons d'édition scientifiques ne peuvent être qualifiées que très exceptionnellement d'entreprises ayant une position dominante sur le marché.
- 327 Si des œuvres sont déposées sans autorisation dans une archive ouverte, l'exploitant de cette archive commet fondamentalement une violation du droit d'auteur. La personne lésée peut exiger de l'exploitant qu'il mette un terme aux violations du droit d'auteur qu'il a commises et qu'il lui verse des dommages-intérêts. L'exploitant pourrait de prémunir contre de telles actions en intégrant dans le contrat conclu avec l'auteur une clause dans laquelle celui-ci s'engage à assumer seul les conséquences d'éventuels recours de tiers. Du point de vue pratique toutefois, un tel transfert du risque sur l'auteur peut s'avérer contre-productif et avoir pour conséquence que l'auteur s'abstienne d'emblée de déposer des œuvres sur cette archive.
- 328 Dans le contexte international, il convient de déterminer le droit applicable. En l'occurrence, il faut distinguer entre les aspects contractuels et ceux liés aux droits d'auteur. Par exemple, si un éditeur intente une action à l'encontre de l'exploitant d'une archive ouverte en invoquant une violation du droit d'auteur, sans qu'un contrat n'ait été conclu entre les parties, le litige porte sur des aspects liés au droit d'auteur et c'est le principe de la *lex loci protectionis* qui s'applique, à savoir le droit de l'État pour lequel la protection des droits de la propriété intellectuelle est revendiquée. En l'espèce, c'est le régime juridique de l'Etat pour lequel la protection est revendiquée qui s'applique (art. 110 al. 1 LDIP).

V. Le point de vue de l'utilisateur

- 329 Pour pouvoir télécharger des œuvres scientifiques sur Internet, l'utilisateur doit disposer de l'autorisation nécessaire en termes de droit d'auteur. Celle-ci est conférée dans une large mesure par l'exception lé-

gale de la reproduction provisoire (art. 24a LDA) et surtout par celles de l'usage privé et de l'usage interne (art. 19 al. 1 let. a et c LDA).

330 Or, l'utilisateur ne peut tirer parti de ces exceptions que s'il dispose d'un exemplaire de l'œuvre ou y a accès. Dans le cas contraire, l'autorisation légale ne lui sert à rien. En effet, ces exceptions légales ne lui donnent pas accès à des publications scientifiques. La loi l'autorise certes à contourner des mesures de protection techniques (par ex. les contrôles d'accès et protections anticopies), mais elle interdit le commerce d'instruments destinés à contourner les mesures efficaces ; de ce fait, un utilisateur qui n'a pas les connaissances techniques nécessaires ne peut pas faire usage de ce droit de contournement.

331 Les utilisations de l'œuvre qui ne sont pas couvertes par les exceptions légales sont soumises à l'accord du titulaire des droits, qui est selon le cas l'auteur, l'éditeur ou l'exploitant de l'archive. Si l'auteur ne dispose pas de l'autorisation requise, le titulaire des droits peut engager des poursuites à son encontre ; cela dit, il ne prendra généralement pas la peine d'intenter une action contre chaque utilisateur isolé.

332 Dans le contexte international, le droit applicable aux violation du droit d'auteur se fonde sur le principe de la *lex loci protectionis* (art. 110 al. 1 LDIP). Par exemple, si l'utilisateur a commis des violations du droit d'auteur en Suisse, c'est le droit suisse qui s'applique.

VI. Hypothèses de lege ferenda

333 Il existe diverses hypothèses d'amendements législatifs favorisant le principe de l'Open Access. En premier lieu : une *exception au droit d'auteur* permettant la mise à disposition générale d'œuvres scientifiques au public. Compte tenu des limites fixées par le droit international, et notamment par le « test en trois étapes », il conviendrait de délimiter à divers égards le champ d'application d'une telle exception.

334 Dans le cadre du présent avis de droit, il est proposé, au niveau du droit d'auteur, une licence légale qui autoriserait la mise à disposition mais serait assortie d'une obligation de rémunération. Une licence obligatoire pourrait également entrer en ligne de compte de façon alternative. Ces deux possibilités ne s'appliqueraient qu'aux articles isolés publiés dans des revues, qui ont été principalement financés par des crédits publics destinés à la recherche. Par ailleurs, la mise à disposition au public sans

l'accord de l'auteur ne serait autorisée qu'à l'issue d'un délai d'un an après leur publication, à condition qu'aucun objectif commercial ne soit poursuivi.

335 Une autre hypothèse a trait à des *dispositions impératives du droit contractuel*. La disposition du CO en vigueur régissant le contrat d'édition, selon laquelle des articles parus dans des revues ou bien des travaux dans le cadre d'ouvrages collectifs peuvent être mis à disposition ailleurs trois mois après leur parution, pourrait être déclarée impérative pour les œuvres scientifiques.

336 Enfin, une hypothèse liée au droit des contrats concerne la relation entre l'auteur et l'exploitant d'une archive ouverte. Si l'auteur est employé par l'exploitant de l'archive, par ex. un chercheur travaillant dans une université, une clause du contrat de travail pourrait obliger l'auteur à autoriser la publication de ses œuvres en libre accès. Une telle obligation est toutefois contestable car elle limite la liberté du scientifique à disposer de son œuvre et entraîne à cet égard une dégradation des ses conditions de travail, notamment au regard de la liberté de la science.

* * * * *